

L'APPORT EN SOCIÉTÉ

D'UN

FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 30 Mai, à 14 heures

PAR

Georges PEYROLES

Licencié ès lettres

Président : M. PERCEROU

Sufragants .	{	M. WAHL	}	Professeurs
		M. HAMEL		

PARIS

L'AUXILIAIRE DU PALAIS

17, Place Dauphine, 17

1932

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'APPORT EN SOCIÉTÉ

D'UN

FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 30 Mai, à 14 heures

PAR

Georges PEYROLES

Licencié ès lettres

Président : M. PERCEROU

Suffragants. { M. WAHL } Professeurs
 { M. HAMEL }

PARIS

L'AUXILIAIRE DU PALAIS

17, Place Dauphine, 17

1932



A MON PÈRE

A MA MÈRE

BIBLIOGRAPHIE

Loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce.

Décret des 28-31 août 1909 portant réglementation d'administration publique pour l'exécution de la Loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce.

★
★ ★

Rapport de M. PERCEROU à la Société d'Etudes Législatives.

Proposition de Loi de M. CORDELET.

Rapport de M. CORDELET au Sénat du 18 février 1909.

Rapport présenté le 8 décembre 1924 à la Chambre par M. Marcel HÉRAUD, au nom de la Commission du Commerce et de l'Industrie.

★
★ ★

THALLER. — *Traité élémentaire de Droit Commercial* (1930).

WAHL. — *Précis chronique et pratique de Droit Commercial* (1922).

Au point de vue théorique, elles méritent de retenir l'attention, à cause des dérogations qu'elles apportent aux principes généraux des obligations.

Au point de vue pratique, elles présentent un intérêt indéniable en raison de l'importance toujours croissante que le « fonds de commerce » prend dans la vie économique actuelle alors que l'importance des capitaux qui s'y trouvent engagés nécessite très souvent l'exploitation du fonds de commerce sous forme de société. Enfin la tendance très accusée en ce moment, dans la pratique, pour éviter les droits très onéreux de mutation de fonds de commerce, d'imaginer une constitution de société à laquelle le fonds est apporté, suivie de cessions de parts sociales, contribue, elle aussi, à l'intérêt pratique de cette étude.

Dans le premier chapitre, nous exposerons les raisons qui ont rendu nécessaire la réglementation originale des art. 3 et 7 de la loi du 17 mars 1909.

Dans le chapitre II, nous déterminerons le domaine d'application de ces articles.

Dans le chapitre III, nous étudierons les textes eux-mêmes, en traitant :

dans une 1^{re} partie : de la publication ;

dans une 2^e partie : de la déclaration ;

dans une 3^e partie : de l'option.

Dans le chapitre IV, nous exposerons :

dans une 1^{re} partie : les critiques que soulèvent ces textes ;

dans une 2^e partie : les modifications qui, à

notre sens, devraient être apportées à ces textes, pour instituer une législation claire et réellement efficace.

Dans le chapitre V, relatif au régime fiscal de l'apport en Société, nous étudierons :

- dans une 1^{re} partie : l'historique et les textes ;
 - dans une 2^e partie : les conditions d'exigibilité et le fondement de l'immunité dont jouit l'apport ;
 - dans une 3^e partie : la liquidation du droit ;
 - dans une 4^e partie : les dispositions des articles 4 et 24 de la loi du 30 décembre 1928.
-

CHAPITRE PREMIER

De la nécessité d'une réglementation

Les raisons qui ont rendu nécessaires les règles des articles 3 et 7 de la loi du 17 mars 1909 doivent être étudiées au regard des créanciers chirographaires de l'apporteur de fonds de commerce.

Les créanciers inscrits sont en effet suffisamment protégés par le droit de suite que leur confère leur privilège à l'encontre de la Société. Déjà, avant la loi de 1909, ce droit de suite résultait, suivant l'opinion générale, du nantissement, et avait même été reconnu, en certains cas, à l'encontre de la Société, au privilège de vendeur (1).

Ce droit de suite est, aujourd'hui, expressément consacré par l'art. 22 de la loi du 17 mars 1909.

Seuls, par conséquent, les créanciers chirographaires sont menacés. Il est aisé d'en comprendre la raison :

Pour nous en tenir à l'hypothèse précise qui nous intéresse — apport d'un fonds de commerce en Société, en échange de parts d'intérêts ou d'actions — avant la loi

(1) Paris, 4 déc. 1871, D. P. 1874.2.24 ; Rouen, 20 mars 1879, S. 80.2.195.

de 1909, la propriété du fonds était transférée à la Société par le seul effet de la convention, même au regard des tiers. La coutume s'était bien établie, en certaines villes et notamment à Paris, de publier les ventes de fonds de commerce dans un journal d'annonces, pour provoquer de la part des créanciers, des oppositions pendant un délai qui était, en général, de dix jours. Mais il ne faut pas oublier que cet usage, qui était à tout prendre un progrès, ne recevait pourtant ici aucune application puisque aucun prix n'était dû.

Il convient au surplus d'assimiler les charges et obligations incombant à l'acquéreur et celles de la Société à laquelle est effectué l'apport d'un fonds de commerce.

C'est ainsi que le Tribunal de Bourg — partant de cette idée que les créances et les dettes ne sont comprises dans la vente du fonds de commerce qu'en cas de stipulation expresse — en vient à décider que, lorsqu'un fonds de commerce est apporté à une Société, la subrogation aux marchés en cours ne peut être tacite, mais doit, au contraire, être formellement stipulée (1).

Il en résulte qu'avant la loi du 17 mars 1909, le fonds de commerce, objet de l'apport, n'entrait en principe dans la Société que franc et quitte de toutes charges du fait de l'apporteur, la Société ne pouvant être tenue au passif ordinaire grevant le fonds qu'en vertu d'une clause expresse des Statuts.

De là le moyen trop souvent employé par un commerçant aux abois, pour soustraire à ses créanciers un élé-

(1) Trib. civ. Bourg, 26 juin 1923, D. P. 1923.5.13.

ment actif de son patrimoine : il apportait le fonds de commerce à une Société formée de compères ; la Société n'était pas tenue aux dettes de l'apporteur, et le droit des créanciers n'étant pas différent de celui de leur débiteur, portait sur des bénéfices aléatoires et sur une part éventuelle des droits sociaux : en fait, les créanciers n'avaient, le plus souvent, devant eux, qu'un débiteur devenu volontairement et soudainement insolvable.

Contre ce danger, les créanciers n'étaient pas entièrement désarmés : ils pouvaient, en effet, intenter l'action paulienne dans le but de faire révoquer toute aliénation du fonds leur ayant causé préjudice et faite en fraude de leurs droits. En outre, si le débiteur avait été déclaré en faillite, ils pouvaient invoquer les art. 446 et 447 du Code de Commerce contre la cession du fonds accomplie pendant la période suspecte. En fait, les tribunaux avaient pu, à maintes reprises, appliquer ces textes (1). Mais leur domaine d'application était, à vrai dire, fort limité.

Pour appliquer en effet, les dispositions du Code de Commerce, il était nécessaire que la faillite du débiteur fût prononcée. En outre, s'agissant d'aliénation à titre onéreux, les conditions auxquelles l'art. 447 soumet la nullité ne se trouvaient pas toujours réunies. La difficulté était plus grande encore en l'absence de faillite, car la recevabilité de l'action paulienne du Code Civil est

(1) Paris, 24 avril 1894, *Journal Trib. Commerce*, 1894, 409 ; Lyon, 10 mai 1898, *ibid.*, 1899, 811 ; Marseille, 3 mars 1900, *Journal des Sociétés*, 1900, 274 ; Douai, 28 déc. 1905, D. P. 1908.5.24.

subordonnée à la preuve que le tiers acquéreur s'est rendu complice de la fraude du débiteur — preuve que les créanciers étaient presque toujours dans l'impossibilité de rapporter.

Le législateur a dû par conséquent édicter des règles spéciales pour sauvegarder les droits des créanciers chirographaires, qui étaient, ici, particulièrement précaires, puisque, pour reprendre les expressions dont se servait M. Cordelet dans son rapport au Sénat, « l'apport d'un fonds de commerce en Société est plus dommageable pour les créanciers chirographaires qu'une vente qui comporte un prix sur lequel, du moins, ils peuvent exercer leurs droits ».

Si donc on a pu dire de la loi du 17 mars 1909 qu'elle « moralisait » la question des fonds de commerce en « empêchant le refour de véritables actes de piraterie « commis au détriment de la masse chirographaire », il semble que cette salubre influence se soit exercée principalement en notre matière.

Telles sont les impérieuses raisons qui ont conduit le législateur à édicter ces règles.

Ces raisons ont reçu dans les travaux préparatoires leur expression formelle et maintes fois renouvelée.

Personne n'affirmerait aujourd'hui que les véritables mobiles qui ont inspiré le législateur de 1909 n'ont pas été bien discernés par lui et sont en réalité très différents de ceux qu'il a exposés. Il est néanmoins curieux de remarquer que l'un des commentateurs les plus autorisés de la loi du 17 mars 1909 a pu croire et écrire que « l'art. 7, quoi qu'en disent les travaux préparatoires s'inspire,

non d'une idée de faveur pour les créanciers ordinaires de l'apporteur, mais de l'intérêt de la société à laquelle l'apport est fait ».

L'auteur estime qu'il existe, au profit des créanciers de l'apporteur, un véritable droit de suite. Dès lors, l'apport du fonds de commerce ne saurait préjudicier aux droits des créanciers. Par contre, la Société est exposée au danger de voir ses créanciers saisir le fonds de commerce, paralyser sa marche et amener même sa dissolution (application de l'art. 1865, 2° aliéna C. Civ. sur l'extinction de la chose). Ce danger est particulièrement redoutable au surplus, puisqu'il est occulte, les créanciers chirographaires n'étant pas soumis à publicité. C'est pourquoi le législateur s'est préoccupé, dit-on, pour éviter ce risque occulte et permanent, d'obliger les créanciers à se révéler dans un bref délai. S'ils ne se révèlent pas, ils doivent être censés avoir renoncé à leur droit de suite et être déchus de toute action contre la Société.

Tel est le système exposé par Bouvier-Bangillon dans son « Traité de la vente et du nantissement du fonds de commerce ». Il postule, nous l'avons vu, l'existence d'un droit de suite au profit des créanciers de l'apporteur et admet certaines conséquences comme la transmissibilité passive et sans doute active des créances et l'obligation de la Société aux dettes de l'apporteur, à concurrence de la valeur du fonds, qui se rapprochent curieusement de celles découlant de la théorie allemande de la personnalité de la firme. Ce droit est d'ailleurs admis par quelques législations étrangères, et notamment par la loi LVII du Royaume de Hongrie, de 1908, qui dispose que la Société

en nom collectif ou en commandite fondée pour exploiter un fonds de commerce, répond de tout le passif antérieur à cet apport.

Cette conception heurte assurément les principes les plus certains du droit français. Déjà, avant la loi de 1909, ce droit de suite, très généralement refusé aux créanciers ordinaires par la doctrine, n'était pas mieux reconnu par la jurisprudence de la même époque. C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal de Commerce d'Amiens, du 13 juillet 1895, confirmé par un arrêt de la Cour (D. P. 98.2.148) décide que la stipulation, dans l'acte constitutif de Société, que les associés apportent les droits indivis entre eux sur une usine, avec évaluation de la valeur de cet apport, n'implique pas l'obligation, pour la Société, de supporter le passif qui grevait ces apports à raison d'une exploitation antérieure des biens apportés.

La loi du 17 mars 1909, en son article 7, consacre ce principe en déclarant déchu de toute action contre la Société le créancier qui n'a pas rempli les formalités spéciales qu'elle prescrit.

CHAPITRE II

Du domaine d'application des articles 3 et 7 de la loi du 17 mars 1909

SECTION I. — DISTINCTION DE L'APPORT ET DE LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE A LA SOCIÉTÉ

SECTION II. — DES SOCIÉTÉS AUXQUELLES S'APPLIQUENT CES TEXTES

SECTION I

DISTINCTION DE L'APPORT ET DE LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE A LA SOCIÉTÉ

Dans cette loi du 17 mars 1909, dont l'objet principal et le titre sont « la vente et le nantissement du fonds de commerce », il convient de remarquer que les articles 3 et 7 sont les seuls à régir l'apport du fonds de commerce à une société. Il importe donc de déterminer le domaine d'application de ce texte, et, pour circonscrire le sujet, de bien préciser ce qu'est un apport, en l'oppo-

sant notamment à la vente. Cette distinction d'ailleurs présente, en pratique, des intérêts nombreux, non seulement en raison des règles particulières aux apports, édictées par les lois commerciales, telles que les règles relatives à la procédure de vérification dans les Sociétés par actions, mais encore en raison des prescriptions de la loi civile, spécifiquement inapplicables à tous contrats autres que la vente proprement dite, tel le privilège de vendeur, comme enfin en raison des charges fiscales très différentes qui grèvent l'apport et la vente.

★
★ ★

L'apport en propriété d'un fonds de commerce présente, avec le contrat de vente, des analogies indéniables. Tous deux ont en effet un caractère commutatif ; de là toute une série de similitudes que nous rappellerons brièvement :

1° Les dispositions de l'article 1138 C. Civ. sur les conditions de transfert « inter partes », s'appliquent sans nul doute au contrat de Société comme au contrat de vente. En conséquence, les risques de perte seront assurés par la Société à partir du jour même du contrat : « res perit domino » (art. 1867, § 1 et 3). En outre, l'apporteur qui aurait perçu les fruits postérieurement au contrat devrait en rendre compte à la Société.

2° L'apporteur d'un fonds de commerce est tenu à la même garantie que le vendeur.

a) Il ne peut apporter à la jouissance de la Société un

trouble quelconque provenant de son fait. Il doit par conséquent s'abstenir de tout acte qui aurait pour effet soit par lui-même, soit par personne interposée, de détourner la clientèle (Civ. 14 mars 1904, D. P. 1904, 1.613), soit en fondant une maison concurrente, soit en rentrant dans une maison rivale en qualité de gérant ou de chef d'exploitation.

Bien entendu, les statuts peuvent déterminer les limites de l'interdiction. D'ailleurs, comme en matière de vente, cette interdiction ne saurait être ni générale, ni absolue, et une décision du Tribunal de Limoges, du 25 novembre 1910, a fait de ce principe une application curieuse en déclarant nulle, comme illimitée quant à sa durée, la clause par laquelle l'apporteur s'interdit de faire un commerce similaire pendant toute la durée de la société si celle-ci, bien que formée pour un temps déterminé, conserve le droit de proroger indéfiniment sa durée.

b) Il doit garantir la société contre toute cause d'éviction venant de tiers. A cet égard, le principe de l'assimilation de l'apporteur au vendeur est affirmée, dans les termes les plus catégoriques, par l'article 1845, § 2, C. Civ. : « lorsque cet apport consiste en un corps certain et que la Société en est évincée, l'associé en est garant envers la Société de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur ».

c) L'application du principe général posé par l'article 1845 C. Civ. conduit logiquement à rendre l'apporteur responsable envers la Société non seulement de l'évic-

tion totale ou partielle, mais aussi des vices cachés pouvant affecter la chose (1).

Il faut donc appliquer en pareil cas, les articles 1641 et 1644 du titre de la vente, aux termes desquels l'acquéreur et ici la Société a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose en se faisant rendre une partie du prix, lorsque les vices cachés de cette chose la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ou diminuent tellement cet usage, que l'acquéreur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus.

★ ★

Malgré ces analogies certaines, il n'y a pas identité entre l'apport en propriété et le contrat de vente.

La différence essentielle entre ces deux contrats est que, dans la vente, le transfert de propriété de la chose a pour contre-partie la prestation d'un prix ferme (C. Civ. 1582), étranger aux fluctuations de la Société. Dans la Société, au contraire, l'apporteur reçoit une ou plusieurs parts sociales, c'est-à-dire une contre-partie soumise aux chances de bonne et mauvaise fortune de la Société.

Si le principe est simple à formuler, il est, en pratique, parfois plus difficile, dans une espèce déterminée, de dire s'il s'agit réellement d'un apport ou d'une vente. Parfois l'apport a pour contre-partie deux prestations

(1) HOUPIN *Traité des Sociétés*, 4^e édit. n° 40. Lyon-Caen et RE
NAULT *Traité de Droit Commercial*, t. II, n° 19.

cumulatives : une part sociale et un prix ferme. Il convient alors de diviser l'opération et de l'analyser en un apport en Société doublé d'une vente. Plus délicate est la question, si la contre-partie de l'apport prétendu est stipulée payable par exemple sur les frais généraux ou sur les bénéfices de la Société ; il faut dire que l'apporteur prétendu qui, en échange de sa mise, stipule un prix déterminé en espèces, quelles qu'en soient les modalités de paiement, n'est au fond qu'un vendeur, que le prix soit exigible au moment de la constitution de la Société, qu'il soit payable à terme, ou prélevé sur les frais généraux, ou par la création d'un fonds d'amortissement (Req., 20 nov. 1861, D. P., 62.1.132).

Par contre, si l'apport est, d'après les statuts, payé sur les bénéfices sociaux, le paiement subit les aléa de l'exploitation sociale : il s'agit dès lors d'un apport réel, et le juge décidera notamment, dans ce cas, que le droit de mutation n'est point exigible (1).

Il en est ainsi notamment lorsque l'apport d'un associé consiste en un fonds de commerce d'une valeur supérieure à l'apport effectué en espèces par son co-associé et que les statuts stipulent que les apports sociaux devront être égalisés au moyen de prélèvements sur les bénéfices de l'entreprise : pareille stipulation n'entraîne donc pas mutation à titre onéreux, même pour l'excédent du fonds de commerce donnant lieu à des prélèvements préciputaires (Trib. Civ. Seine, 5 mars 1906).

(1) Trib. Civ. Huy, Belgique, 10 mai 1857, *Journal Enreg. Belg.*, 1857.

L'étude de notre sujet nous amènera à constater l'intérêt pratique de cette distinction : elle seule, en effet, permet aux créanciers de savoir s'ils doivent appliquer à l'espèce qui les intéresse l'article 3 ou l'article 7, pratiquer une opposition ou faire une déclaration.

Avant de terminer ce chapitre où, comparant la vente et l'apport, nous exposons leurs analogies et leurs différences, il nous paraît utile de rappeler ici même la subtile étude de M. Mario Rotondi parue récemment aux Annales du Droit Commercial. L'auteur, après avoir opposé les notions de « clientela » et d'« aviamentum » discerne dans cette notion d'achalandage, un achalandage objectif ou réel inhérent aux divers éléments du fonds de commerce, à leurs qualités, à leur organisation, et aussi à l'activité du fondateur, en tant qu'elle est entrée d'une manière permanente et objective dans le fonds de commerce, et d'autre part, un achalandage subjectif qui dérive de la personnalité du propriétaire et de son activité et qui lui est liée indissolublement.

Nous en trouvons ici une application intéressante pour notre sujet.

Si en effet de toute évidence les éléments objectifs et réels de l'« avviamento » peuvent en cas de vente faire seuls l'objet d'un transfert de propriété, il semble bien que, s'agissant d'un apport de Société, au moins lorsque l'apporteur reste le gérant ou l'administrateur de la société — ce qui est très fréquemment le cas — il apporte l'ensemble des éléments réels et personnels de l'« avviamento ». Ses devoirs et ses responsabilités seront donc également plus larges dans ce cas, que ceux du gérant

ou de l'administrateur d'une Société propriétaire d'un fonds de commerce non apporté, mais créé.

SECTION II

DES SOCIÉTÉS AUXQUELLES S'APPLIQUENT LES ARTICLES 3 ET 7

D'une manière générale, la loi de 1909 apporte au principe de droit commun que « les dettes ne se cèdent pas », une dérogation importante en décidant que la Société est tenue à tout le passif ordinaire, si les créanciers ont eu le soin de remplir les formalités qu'elle édicte.

Le législateur ayant voulu corriger la substitution d'un individu à un autre individu effectuée frauduleusement il faut conséquemment, pour que s'appliquent les articles 3 et 7, que la Société possède la personnalité civile.

Cette considération écarte l'application de ces articles aux groupements qui ne constituent pas juridiquement des Sociétés, par conséquent aux associations régies par la loi de 1901 et aux associations en participation qui sont assez communes pour l'exploitation des fonds de commerce.

Ici en effet chacun des co-participants reste en principe propriétaire des apports en nature qu'il effectue. C'est, sous réserve d'une certaine tendance jurisprudentielle vers la co-propriété des apports (1), la théorie la

(1) Julien BONNECASE, *Annales de Droit Commercial* 1908 p. 5.

plus généralement admise et appliquée. Suivant l'expression de Troplong, les choses sont mises en commun sans être pour cela mises en Société.

Pour les mêmes raisons, nous estimons que les Sociétés civiles ne sont pas régies par nos textes. L'avis contraire a été parfois exprimé (WAHL, De l'application aux apports sociaux de la loi du 17 mars 1909, *Journal des Sociétés*, juin et juillet 1909).

Mais des raisons tirées des textes eux-mêmes militent encore en faveur de l'opinion que nous exprimons et qui est au surplus la plus commune. L'article 7 en effet suppose pour son application la formalité de publicité prévue par la loi de 1867. Or, comme d'une part la formalité de l'art. 3 est — nous le verrons — purement supplétive de la publicité de la loi de 1867, comme d'autre part cette loi soumet les seules Sociétés commerciales à une publicité, il faut logiquement admettre que les textes étudiés ne peuvent pas recevoir leur application si le fonds de commerce est apporté à une Société civile.

L'apport en jouissance ne faisant pas sortir le fonds de commerce du patrimoine de l'apporteur, est lui aussi affranchi des règles de publicité requises pour rendre l'apport opposable aux tiers.

Nos textes, par contre, s'appliquent à toute Société en nom collectif, commandite simple, à responsabilité limitée ou par actions, à laquelle la propriété d'un fonds de commerce est apportée.

Il est à remarquer que l'apport à une Société étrangère d'un fonds de commerce situé en France n'échappe pas à la loi dont les dispositions, ayant pour but de régler

la condition juridique des fonds de commerce, font partie du statut réel.

La publicité n'est plus ici une règle de forme, mais une formalité touchant comme la transcription au régime des Biens. C'est d'ailleurs une question délicate que celle de savoir si les règles de publicité édictées par la loi de 1867 pour les Sociétés commerciales, ne devraient pas être étendues aux Sociétés étrangères, tout au moins à celles d'entre elles ayant en France un établissement permanent ou une succursale ?

Tous les auteurs s'accordent pour reconnaître qu'il y a là une lacune grave à combler et se prononcent en faveur d'une réforme dont le principe est consigné dans tous les projets de loi soumis au Parlement (proposition Chastenet, *Annales de Droit Commercial*, 1913, p. 295).

Quoiqu'il en soit, et dans l'état actuel du texte, les règles des articles 3 et 7 dont l'étude nous occupe sont assurément applicables à l'apport d'un fonds situé en France à une Société étrangère.

CHAPITRE III

Étude des articles 3 et 7 de la loi du 17 mars 1909

Dans le système exposé par nos textes, la Société est tenue, en principe, de tout le passif chirographaire grevant le fonds, si les créanciers ont eu le soin de se faire connaître dans le délai imparti à cet effet après les publications légales. Un seul moyen est laissé au co-associé de l'apporteur de se soustraire à cette responsabilité : c'est d'agir en nullité de Société ou d'apport.

Cette considération détermine le plan de notre étude dont la division logique sera :

SECTION I. — La publication ;

SECTION II. — La déclaration ;

SECTION III. — L'option.

★
★ ★

SECTION I

LA PUBLICATION

La doctrine et la jurisprudence ont longtemps vu une contradiction entre l'article 3 et l'article 7. La controverse paraît être née de l'expression, dans doute impropre, dont le législateur s'est servi dans l'article 3, en parlant de « mise en Société ».

A la vérité, si les travaux préparatoires ne contiennent pas une véritable définition de cette expression, il résulte, implicitement mais nettement, des termes du rapport au Sénat de 1914, que, dans l'esprit du rapporteur, l'article 3 visait strictement l'apport onéreux, c'est-à-dire l'apport-vente, puisque « toutes les mutations de fonds de commerce à titre onéreux, indépendamment de la vente proprement dite, doivent y être comprises, notamment l'apport dans une Société ». S'agissant, au contraire, de l'article 7 et le définissant, M. Cordelet s'exprimait ainsi : « Nous supposons un apport pur et simple, c'est-à-dire fait moyennant une part de droits sociaux, et non moyennant un équivalent à payer ou à fournir par la Société, qui n'est plus assujetti aux chances de bonne ou mauvaise fortune que la société peut courir. » Il semble donc bien que la contradiction ne soit plus possible, l'article 3 visant l'apport-vente, et l'article 7 l'apport pur et simple dans ses deux alternatives : dans son alinéa 1, à une Société en formation, et dans l'alinéa 2, à une Société déjà formée.

Si l'on peut donc reprocher au législateur une rédac-

tion insuffisamment claire de son texte, il apparaît qu'aucune confusion n'a existé dans sa pensée. Il a très certainement voulu organiser une publicité spéciale qui porte à la connaissance des créanciers l'apport fait à une Société déjà existante. Il a estimé, par contre, que, s'agissant d'un apport fait à une Société en formation, il suffisait, pour faire connaître aux créanciers la situation nouvelle qui leur était faite, de la publication conforme à l'article 55 de la loi de 1867.

★ ★

La nécessité de trouver une application pratique des textes ne fait que confirmer cette opinion.

En effet, si l'on voulait appliquer intégralement l'article 3 à l'apport en Société, comme il s'applique à la vente on se heurterait à une impossibilité absolue, la procédure adoptée par ce texte étant basée sur l'existence d'un prix qui fait défaut dans notre hypothèse.

En pratique donc, la seule solution qui rende la loi intelligible et applicable est celle même que nous avons dégagée des travaux préparatoires, et selon laquelle on doit s'en tenir à la distinction de l'article 7, qui est le siège de la matière, faire abstraction des termes généraux de l'article 3, et n'imposer l'accomplissement des formalités prévues par ce dernier que dans le cas d'apport à une Société existante. Même dans cette dernière hypothèse, l'article 3 ne doit être appliqué qu'autant qu'il règle les formalités de publicité (§ 1^{er}) : toute la partie

du texte relative aux oppositions est inapplicable à l'apport en Société, faute de prix (1).

★
★ ★

Cette interprétation est d'ailleurs sanctionnée par la jurisprudence : un arrêt de la Cour de Cassation a mis fin à toute controverse en décidant que l'article 3 se rapporte à l'espèce prévue par le second alinéa de l'article 7 (2).

★
★ ★

Ainsi donc, la pensée certaine du législateur, la nécessité de trouver aux textes une application pratique, enfin les décisions jurisprudentielles amènent à faire une distinction fondamentale entre deux hypothèses principales :

Celle d'une Société nouvelle, constituée en vue de l'exploitation d'un fonds jusqu'alors individuellement approprié.

Celle d'une Société pré-existante, à laquelle ce fonds est cédé en échange de parts supplémentaires ou d'actions d'apport venant grossir le capital social primitif.

Dans les deux hypothèses, les créanciers non inscrits qui désirent faire valoir leurs droits sont tenus de faire connaître au greffe du Tribunal de Commerce leur qualité de créancier et la somme qui leur est due. L'extrait

(1) ARTHUYS, *Traité des Sociétés commerciales*, 3^e édit., t. 1, n° 54, 2^e ; LACOUR, *Précis de Droit Commercial*, n° 821, p. 491 ; THIRIAULT, *Vente et Nantissement des Fonds de Commerce*, n° 106.

(2) Cassation d'un jugement du Tribunal de Commerce de Roubaix du 22 février 1911 ; Chambre Civile, 26 mai 1914, D. P. 1919. 1.93.

à insérer doit contenir toutes les énonciations déterminées par l'article 3, modifié par la loi du 31 juillet 1913 ; il doit également rapporter toutes les mentions d'enregistrement, d'après l'article 27 de la loi du 22 mars 1924.

Mais les formes de publication sont très différentes dans les deux cas. Nous examinerons donc :

1° L'apport d'un fonds de commerce à une Société déjà formée ;

2° L'apport d'un fonds de commerce à une Société qui se constitue ;

3° La vente partielle et l'apport partiel d'un fonds de commerce.

a) à une Société déjà formée ;

b) à une Société qui se constitue.

★ ★

I. — APPORT A UNE SOCIETE DEJA FORMEE

Lorsque l'apport est effectué à une Société déjà formée et dont la publicité a été faite conformément à la loi de 1867, il y a lieu à publication de l'acte d'apport, comme pour une vente, suivant les formalités de l'article 3.

Les travaux préparatoires expliquent l'introduction, dans le texte de l'article 7, du second alinéa qui n'en faisait point originairement partie.

Devant la Commission du Sénat (1), la question a été

(1) CORDELET, Rapport supplémentaire au Sénat, séance du 29 novembre 1907, D. P. 1909.4.49.

controversée de savoir si l'acte contenant l'apport du fonds dans une Société régulièrement publiée devait recevoir lui-même la publicité ordonnée par la loi du 24 juillet 1867 ; on a alors décidé de soumettre cet acte à la publicité de l'article 3 de la loi nouvelle et de prendre cette publicité pour point de départ du délai de quinzaine.

Suivant cet article 3, deux extraits ou avis doivent être publiés à la diligence de l'acquéreur, dans un journal d'annonces légales. L'extrait ou l'avis contiendra la date de l'acte, les nom, prénoms et domicile de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, l'indication du délai fixé pour les oppositions et une élection de domicile dans le ressort du Tribunal.

Telles sont les prescriptions de l'article 3.

Or, ce renvoi pur et simple à l'article 3 amène des conséquences curieuses.

Il est à noter tout d'abord que, s'agissant d'un apport, l'indication du domicile fixé pour les oppositions est sans intérêt pratique. En fait, pour éviter toute confusion, la Société a très généralement le soin de faire suivre l'extrait d'une mention ordinairement libellée comme suit : « Les déclarations, qui devront être faites au Greffe du Tribunal de Commerce de..., par les créanciers de M..., apporteur, seront reçues au dit Greffe dans la quinzaine du présent avis. »

a) Point de départ du délai de quinzaine

La publicité organisée par l'article 3 prévoit deux avis : le premier, dans la quinzaine de l'acte ; le second, de 8

à 15 jours après la première insertion. On doit estimer que notre délai de quinzaine court à partir de la seconde insertion, bien que l'article 7 indique seulement que le point de départ du délai sera la publication de l'acte d'apport, sans préciser s'il s'agit de la première ou de la deuxième insertion, comme le fait l'art. 3 en matière de ventes en stipulant que les oppositions doivent être formées au plus tard dans les dix jours de la seconde insertion.

b) Greffe compétent

Lorsque le fonds est apporté à une Société déjà constituée, (ce qui nécessite, nous l'avons vu, une publication conforme à l'article 3, dans un journal d'annonces légales du ressort du Tribunal du siège du fonds), et si le fonds apporté a son siège dans une autre ville que le siège social, c'est au greffe de la résidence du fonds par conséquent qu'auront lieu les publications et que les créanciers de l'apporteur doivent faire leur déclaration.

Ainsi, par exemple, si l'on suppose un fonds de commerce exploité à Marseille et apporté à une Société dont le siège social est à Paris, les publications devront être faites dans un journal d'annonces légales de Marseille, et les déclarations des créanciers au Greffe du Tribunal de Commerce de cette ville.

c) Apport de succursales

Il peut y avoir des succursales apportées en même temps que la maison-mère. Les publications en matière

de ventes doivent être faites non seulement dans le ressort de l'établissement principal, mais dans chacun des ressorts où les succursales ont leur siège (art. 4, loi du 17 mars 1909).

En cas d'apport à une Société déjà constituée, il semble, au contraire, qu'une seule publication faite au Greffe du ressort où le principal établissement a son siège soit suffisante ; en effet, l'article 7, qui régit la matière, renvoie uniquement à l'article 3.

II. — APPORT A UNE SOCIÉTÉ QUI SE CONSTITUE

Toutes différentes sont les solutions qui résultent de l'application de l'article 7 § 1, lorsque l'apport est effectué à une Société qui se constitue.

Dans ce cas, le législateur a estimé que la publicité de constitution faite conformément à la loi de 1867, articles 56 et suiv. suffisait à mettre les créanciers en demeure de se faire connaître.

Les tribunaux, à vrai dire, ont quelque temps hésité : on trouve, en effet, quelques décisions qui considèrent comme indispensable une publication spéciale dans les formes de l'article 3 de la loi de 1909 (1). Ces décisions sont restées isolées, et une jurisprudence unanime paraît fixée depuis un arrêt de la Cour de Lyon (2), lequel, confirmant un jugement du Tribunal de Commerce de

(1) Rouen, 11 avril 1910, *Journal des Sociétés*, 1911, 222 ; Roubaix, 22 février 1911 ; Pau, 23 nov. 1910, S. 1911.2.15.

(2) 22.10.1913, *Journal des Faillites*, 1914, 24. Cf. *J. des Faillites*, 1913. 33.

Saint-Etienne, décide qu'en cas d'apport d'un fonds de commerce à une Société en voie de constitution, la publicité de la loi de 1867 est seule requise. La Cour de Cassation à son tour, dans l'arrêt précité du 26 mai 1914, dispose que cette seule publicité est nécessaire et que c'est à tort que les juges se sont refusés à accueillir l'exception de forclusion tirée de ce qu'un créancier n'a pas fait connaître sa qualité et la somme à lui due dans la quinzaine de la publication de l'acte constitutif.

Nous examinerons, comme nous l'avons fait précédemment pour l'hypothèse d'apport à une Société déjà constituée, les conséquences qui découlent de l'application de l'art. 7 § 1, à notre présente hypothèse.

a) Point de départ du délai de quinzaine

Le délai de quinzaine accordé aux créanciers pour se faire connaître court de la date de la parution, dans un journal d'annonces légales, de l'avis de constitution de la Société. C'est dans ce sens que s'est prononcé le Tribunal de Commerce de Marseille (27 nov. 1925, D. H. 1925.704), devant lequel était portée la question de savoir si ce délai courait de la date de l'insertion ou du jour de l'enregistrement, exigé par la loi du 24 juillet 1867, du journal d'annonces contenant la publication.

b) Greffe compétent

Nous avons vu plus haut que, s'agissant de l'apport à une Société déjà constituée, la publication devait être

faite au Greffe de la situation du fonds. Il en est différemment dans le cas présent, d'apport à une Société qui se constitue. La loi de 1867 exige en effet que la publication soit effectuée au siège social. C'est donc au Greffe du Tribunal de Commerce de ce siège que la déclaration des créanciers de l'apporteur doit être reçue, et non au Greffe de la situation du fonds.

c) Apport de succursales

Si, dans la première hypothèse, la publicité de l'apport au siège de la maison-mère paraît suffisante, il est certain, dans notre deuxième hypothèse, que la publicité doit être réalisée dans chacun des arrondissements où existe une succursale : les créanciers habitant le ressort du Tribunal où est exploité ce fonds peuvent donc effectuer leur déclaration au Greffe de ce Tribunal, sans avoir à se transporter au Tribunal de l'établissement principal.

★
★★

III. — VENTE PARTIELLE ET APPORT PARTIEL
D'UN FONDS DE COMMERCE

Nous examinerons très rapidement l'application de nos textes au cas, qui se rencontre parfois, de vente partielle et d'apport partiel d'un fonds de commerce

a) à une société déjà formée.

b) à une société qui se constitue,

En toute hypothèse, puisqu'il y a vente, pour la partie du prix payée en espèces, il est nécessaire de publier un extrait dans un journal d'annonces légales, dans les formes de l'article 3.

a) Société déjà formée

Dans le cas de vente et d'apport à une Société déjà formée, la publication a donc une double utilité : elle fait courir, d'une part, le délai de 15 jours pendant lequel les créanciers devront se faire connaître au Greffe et, d'autre part, le délai de 10 jours pendant lequel les créanciers pourront faire opposition sur le prix.

b) Société qui se constitue

Dans cette hypothèse, au contraire, la publication faite au moyen des deux insertions de l'article 3 ne servirait qu'à faire courir ce nouveau délai puisque, par application de l'article 7, § 1, c'est la publication faite suivant la loi de 1867 qui fait courir le délai de quinzaine pour la déclaration de créances.

Ajoutons, pour être complets, que les règles de la vente s'appliquent ici, que la Société à laquelle l'apport du fonds de commerce est fait se constitue ou soit déjà formée. C'est ainsi que la qualité de vendeur, pour l'apporteur du fonds, subsiste malgré celle d'associé, et que la partie du prix non payée est garantie par le privilège de vendeur.

Les créanciers, d'autre part, qui auront régulièrement formé opposition, pourront faire la surenchère du sixième.

⁴
α k

Sanction du défaut de publication

Nous nous bornerons pour l'instant à constater que les textes n'indiquent aucune sanction au défaut de publication.

C'est une des lacunes les plus remarquables de la loi.

Nous y reviendrons dans le chapitre IV.

SECTION II

LA DÉCLARATION

Nous supposons que la Société à laquelle le fonds de commerce a été apporté ait régulièrement fait la publicité prescrite par l'article 7, § 1 et 2 : il appartient alors aux créanciers de se révéler à la Société.

Nous aurons à étudier les questions suivantes :

- 1° des créanciers qui peuvent faire cette déclaration ;
- 2° des mentions essentielles de la déclaration ;
- 3° du Greffe qui reçoit la déclaration ;
- 4° délai de déclaration ;
- 5° sanction du défaut de déclaration.

★★

I. — DES CREANCIERS QUI PEUVENT FAIRE CETTE DECLARATION

Nous avons vu, dès le début de cette étude, que l'article 7 ne s'applique qu'aux créanciers ordinaires, les créanciers inscrits étant protégés par leur droit de suite. Ces derniers n'ont donc pas à déclarer leur créance. Le texte de l'article 7, § 1 réserve d'ailleurs strictement au créancier non inscrit de l'apporteur le bénéfice de ses dispositions.

Tout créancier ordinaire doit faire sa déclaration, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les créances exigibles et les créances non exigibles. Le texte de l'art. 7 ne fait en effet aucune distinction. Il convient en outre de remarquer que l'art. 7, § 2 renvoie expressément à l'art. 3, lequel dispose que peut faire opposition tout créancier, « que sa créance soit ou non exigible ». On doit donc dire que, s'agissant d'apport à une Société déjà constituée, le texte lui-même prévoit cette déclaration pour toute créance, même non exigible, et comme il n'y a évidemment pas lieu de traiter différemment les créanciers, suivant que la Société à laquelle l'apport est fait est constituée ou en voie de formation, il faut, par analogie, adopter la même règle pour les créances même

non exigibles dans cette dernière hypothèse. Il en est de même pour les créanciers conditionnels ou éventuels.

Il a été jugé notamment (Tribunal de Commerce de la Seine, 6 mars 1929), qu'une créance litigieuse et partant éventuelle permet au créancier de l'apporteur d'invoquer les dispositions de l'article 7 « attendu qu'un jugement est en principe un acte déclaratif, qu'il se borne à reconnaître un droit préexistant et à le sanctionner ».

Le seul fait de la déclaration ne rend pas, bien entendu, la créance exigible, et la poursuite ne pourra être exercée contre la société qu'après l'échéance du terme ou la réalisation de la condition : en effet, la déclaration de créance est une simple mesure de sauvegarde et ne saurait équivaloir à une demande de remboursement (1).

★
★ ★

II. — DES MENTIONS ESSENTIELLES DE LA DECLARATION

La déclaration qui est souscrite par le créancier est destinée à éclairer les associés sur l'importance du passif de l'apporteur ; elle doit donc contenir, outre les nom, prénoms, qualité et adresse du déclarant, nature et siège de la Société à laquelle l'apport est fait, le montant exact de la créance et la cause.

(1) MONTIER et FAUCON, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce*, n° 193 bis, Lyon, 6 déc. 1923, D. P. 1924.2.110, confirmé par un arrêté de la Cour de Lyon.

Cette partie de la déclaration est exigée à peine de nullité, et le créancier ne serait pas recevable à élever sa demande ultérieurement. Si donc une déclaration est insuffisante, les co-associés ne peuvent être tenus que jusqu'à concurrence de la créance déclarée. Il a été jugé notamment que le créancier d'une pension alimentaire, qui n'a fait de déclaration que pour les arrérages échus, perd tous droits contre la Société pour les arrérages à échoir. La seule question délicate qui pouvait se présenter, dans cette espèce, était une question d'interprétation de la déclaration : le juge du fait devait apprécier si la déclaration se référait suffisamment aux arrérages à échoir. Or, la créancière s'était déclarée « créancière de la somme de 4.000 francs pour arrérages au 5 septembre 1909, d'une pension mensuelle de 50 francs par mois que le sieur avait été condamné à lui payer par jugement du Tribunal de Nice du 5 novembre 1902 ».

La Cour a estimé que le seul fait d'indiquer la cause de la créance, consistant en une pension alimentaire était insuffisant pour sauvegarder les arrérages à échoir.

★★

III. — DU GREFFE QUI DOIT RECEVOIR LA DECLARATION

La déclaration de créance doit être faite au Tribunal de Commerce soit du siège social, s'il s'agit d'apport à une Société qui se constitue, soit du siège du fonds de commerce, s'il s'agit d'un apport à une Société constituée. Cette déclaration au Greffe est prescrite impérative-

ment, à peine de déchéance. Il a été notamment jugé qu'elle ne saurait être remplacée par une opposition chez le notaire rédacteur de l'acte (Trib. de Com. Marseille, 8 nov. 1912, *Gaz. Pal.*, 22 nov. 1913).

Une décision du même Tribunal (21 juin 1926, *Journal des Sociétés*, 1929), si elle rend dans une espèce identique la Société responsable des causes de l'opposition pratiquée, le fait par l'application de l'art. 1832 du Code Civil et motif pris de ce que l'extrait publié par la Société elle-même invitait les créanciers à pratiquer une opposition.

Le décret des 28-31 août 1909, portant réglementation d'administration publique pour l'exécution des lois des 17 mars et 1^{er} avril 1909, sur la vente et le nantissement des fonds de commerce (*J. Off.*, 30 août 1909) prescrit, en ses articles 4 et 5, aux greffiers, certaines formalités relatives à l'inscription des déclarations de créances sur un registre à souche spécial, arrêté chaque jour. Il doit contenir la date de la déclaration, le nom du déclarant, le nom et l'adresse du débiteur, l'indication de la nature et du siège du fonds dont il est propriétaire, le montant de la créance, l'indication de l'apport du fonds dans la Société, la nature et le siège de cette Société.

Le déclarant reçoit, daté et signé par le greffier, un certificat de déclaration.

IV. — DELAI DE LA DECLARATION

Nous avons vu et nous nous bornons à rappeler que le point de départ du délai pendant lequel les créanciers

doivent se faire connaître est la publicité de l'article 3, s'agissant d'un apport effectué à une société déjà constituée, ou la publicité de constitution prescrite par la loi de 1867, s'agissant d'une Société en voie de formation.

Le cas se présente fréquemment dans la pratique d'une société en voie de constitution qui se soumet elle-même, sans y être tenue à la publicité de l'art. 3, outre celle prescrite par la loi de 1867. C'est une conséquence de l'apparente contradiction des articles 3 et 7. La Cour de Paris a décidé (arrêt du 29 avril 1927, *Sem. Jur.*, 1927, 1186) que le délai de déclaration court dans ce cas du jour de la deuxième publication faite dans un journal d'annonces légales suivant l'article 3.

Quel qu'en soit le point de départ, le délai, en l'une et l'autre hypothèse, est de quinzaine.

Conformément au droit commun, le « dies a quo » n'est pas compris dans le délai. Il en est autrement du « dies ad quem ». L'article 1033 C. proc. civ. ne s'applique pas aux cas où la loi prescrit de faire un acte dans un délai déterminé.

Ce délai est de vigueur. La déclaration faite le seizième jour serait tardive et le créancier qui l'aurait ainsi faite ne serait pas fondé à exercer un droit quelconque contre la Société, les prescriptions de la loi du 17 mars 1909 étant exorbitantes du droit commun et devant être appliquées strictement (Trib. Comm. de la Seine, 7 janv. 1910, D. 1910.2.316).

Pourtant, si le dernier jour était un jour férié, le délai serait prorogé au lendemain qui deviendrait un jour utile, en vertu de l'article 1033 *in fine* du c. de Proc. Civ.

★★

V. — SANCTION

Pas plus que pour la publication de la déclaration de créance, le législateur n'a prévu expressément de sanction pour défaut de déclaration. A vrai dire, il n'y a point ici une nouvelle lacune de la loi, car la solution s'impose tout naturellement : les créanciers qui n'ont fait aucune déclaration ou ne l'ont faite que tardivement sont déchus de leurs droits éventuels contre la Société (1), sauf le cas d'apport frauduleux, où les règles du droit commun permettraient encore aux créanciers l'exercice de l'action paulienne. Bien entendu, les créanciers conservent tous leurs droits contre l'apporteur.

Nous rapporterons ici un curieux jugement du Tribunal de Commerce de Lille (15 avril 1924, D. 1925.2.38). L'espèce était la suivante : un créancier de l'apporteur n'avait pas effectué sa déclaration de créance. Toutefois, le Juge, se basant sur des circonstances de fait et notamment sur le paiement partiel de la créance effectué par la Société, a estimé que la Société avait, par là même, renoncé à opposer la forclusion tirée du défaut de publication et assumé les obligations de l'apporteur.

Le commentateur, critiquant cette décision qui, à son sens, viole les principes de l'article 7, estime toutefois que les administrateurs de la Société ont commis, en

(1) T. C. Nantes, 22 juill. 1911, *Journal des Sociétés*, 1912, p. 52 ; T. C. Seine, 7 janvier 1910, D. P. 1910.2.316.

discutant et en payant partiellement la créance de l'apporteur une tromperie peut-être involontaire, et amené le créancier ainsi mis en confiance, à négliger les mesures de sauvegarde prescrites par la loi. De là, la Société pouvait encourir selon lui, par l'application de l'article 1384 C. Civ., une condamnation à des dommages et intérêts.

Il nous paraît — quant à nous — bien difficile, dans cette espèce, d'imputer à la Société une obligation quasi-délictuelle, et il aurait été, nous semble-t-il, strictement conforme aux principes de débouter le créancier négligent.

Seul en effet, un engagement formel de la Société, comportant renonciation à soulever la forclusion, engagement qui n'existait pas en l'espèce, lui eût permis de ne point faire la déclaration régulière de sa créance.

★
★ ★

SECTION III

L'OPTION

Nous supposons que les publications dont l'étude a fait l'objet de notre première section aient été effectuées régulièrement et que certains créanciers aient fait utilement les déclarations de créance que nous venons d'étudier dans notre deuxième section. Il appartient aux co-associés de l'apporteur de requérir du Greffier l'état des créances déclarées.

Le § 3 de l'article 7 dispose que, « à défaut par les

co-associés ou l'un d'eux de former dans la quinzaine suivante une demande en annulation de la Société ou de l'apport, ou si l'annulation n'en est pas prononcée, la Société est tenue solidairement avec le débiteur principal au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié ».

Ainsi donc, ce texte offre une option aux co-associés de l'apporteur :

— ou bien demander l'annulation de la Société, s'il s'agit d'une Société nouvelle, ou de l'apport, s'il s'agit d'un apport effectué à une Société déjà existante ;

— ou bien accepter l'apport « cum sua causa », avec toutes les charges qui le grèvent du chef de l'apporteur.

Bien que la loi ne fasse aucune distinction, il paraît évident qu'on ne peut acorder à l'associé qui a fait l'apport, le bénéfice de cette option.

Si, en effet, il a dissimulé ses dettes, il invoquerait en demandant la nullité de la Société ou de l'apport, son propre dol et serait irrecevable en vertu de la maxime « nemo auditur turpitudinem suam allegans ». Même si d'autre part, il ne les a pas dissimulées, il serait inadmissible qu'il trouve dans l'inexécution de ses paiements le moyen de reprendre un apport librement consenti. Ainsi donc, il faut décider que seuls les co-associés de l'apporteur bénéficient des dispositions du § 3 de l'article 7.

Il y aura donc lieu, avant tout, pour bien apprécier la nature et l'étendue du droit que l'article 7 offre aux créanciers de l'apporteur contre la Société à laquelle le fonds est apporté, de distinguer deux périodes :

Pendant la première : le délai d'option n'étant pas expiré pour les associés, ou l'instance engagée par eux n'étant pas close par une décision de justice devenue définitive, les créanciers ne peuvent agir contre la Société ni sur le fonds de commerce, ni sur ses autres biens.

Pendant la deuxième : le délai de quinzaine étant expiré, sans que les associés aient intenté une action en nullité, ou encore l'annulation demandée ayant été repoussée : les créanciers de l'apporteur deviennent créanciers sociaux, et l'article 7 reçoit son application.

Nous étudierons :

1° l'hypothèse de co-associés ayant introduit, dans les délais utiles, une demande en annulation accueillie par le Tribunal ;

2° l'hypothèse de co-associés acceptant le passif déclaré ou dont la demande en annulation est rejetée comme tardive ou mal fondée, et qui, par conséquent, bon gré ou mal gré, reçoivent l'apport « cum sua causa ».

★
★ ★

I. — LES CO-ASSOCIES DE L'APPORTEUR INTRODUISENT UNE DEMANDE EN ANNULATION

Plusieurs questions se posent que nous étudierons successivement :

A) Délai

L'option n'est laissée aux intéressés que pendant un délai très court. Ce délai est de quinzaine. Il court à

G. P.

dater de l'expiration du délai accordé aux créanciers pour se faire connaître. Ce nouveau délai passé sans que la demande en annulation soit introduite, ils sont censés avoir assumé le passif déclaré.

B) Nature de la demande

Il paraît certain, même dans le silence du texte sur ce point, que les co-associés de l'apporteur n'ont pas le choix entre la double alternative qu'il leur offre. Il faut estimer au contraire que la loi a organisé distributivement le cas d'apport initial et le cas d'apport à une Société déjà formée. Dans ce dernier cas, les créanciers n'ont donc que la ressource de poursuivre l'annulation de l'apport. Il est en effet de principe que la nullité d'une augmentation de capital n'altère pas la Société régulièrement constituée à l'origine et l'on ne comprendrait pas sans un texte formel que l'apport d'un fonds de commerce effectué à titre d'augmentation de capital puisse entraîner l'annulation de la Société.

Par contre, dans le cas d'apport à une Société qui se constitue, il faut considérer que les dispositions du dernier alinéa de l'article 7 sont inspirées du seul intérêt de la Société, et dire, par conséquent, que les co-associés de l'apporteur peuvent — s'ils le désirent — demander seulement l'annulation de l'apport. Les créanciers de l'apporteur de leur côté ne peuvent se plaindre de l'exercice de cette faculté, puisque le fonds de commerce rentrant dans le patrimoine de leur débiteur, leur situation restera la même que par le passé.

C) Tribunal compétent

Au sujet de la compétence du Tribunal — qui est certainement le Tribunal de Commerce — la loi n'ayant rien fixé, le droit commun reste applicable ; c'est donc le Tribunal de Commerce du domicile de l'apporteur, mais il est utile de mettre en cause, pour que la décision à intervenir leur soit commune, les créanciers qui ont effectué la déclaration au Greffe.

D) Pouvoirs du Juge

Le Tribunal apprécie souverainement si la demande d'annulation est justifiée, en tenant compte d'une part de l'importance du passif par rapport à la valeur du fonds, et d'autre part, des conditions dans lesquelles l'apport a été fait. Il semble bien, en effet, que l'action ouverte aux associés de l'apporteur par l'article 7, soit fondée sur le dol ou sur une réticence assimilable au dol. Le rapport de M. Cordelet parle expressément de « passif dissimulé ». Si la situation n'a pas été cachée à la Société, on ne conçoit pas que la nullité puisse être prononcée : « Volenti non fit injuria ».

E) Conséquences de l'annulation

Si l'annulation est prononcée, le fonds redevient la propriété de l'apporteur qui, seul, peut être poursuivi ; mais il faut une annulation judiciaire ; une convention

amiable resterait inopérante (1) et ne pourrait avoir pour résultat de soustraire la Société à la responsabilité solidaire édictée par la loi de 1909.

II. — LES CO-ASSOCIES ACCEPTENT L'APPORT
« CUM SUA CAUSA », OU ENCORE, AYANT OPTÉ
POUR L'ANNULATION, ILS SONT DÉBOUTÉS DE
LEUR DEMANDE COMME NON FONDÉE OU ENCORE
CELLE-CI EST DÉCLARÉE IRRECEVABLE COMME
TARDIVE.

Dans ce cas, la Société est obligée à tout le passif déclaré, pourvu, bien entendu, que les créances soient justifiées (T. C. Seine, 4 avril 1911, *Gaz. Trib.*, 23 juill. 1911), alors même qu'il excéderait la valeur du fonds. Telle est l'opinion généralement admise, bien qu'on relève certaines décisions estimant avec le Tribunal de Commerce de la Seine dans un jugement du 15 mai 1913 (*Journal des Sociétés*, 1914, p. 129) que « rien dans la loi ni dans les discussions qui l'ont précédée me permet de dire que le législateur ait entendu que les Sociétés qui accepteraient la déclaration des créanciers de l'apporteur seraient tenues de payer, non seulement le prix de l'apport, mais encore et en plus les dettes de l'apporteur ».

De même la clause du pacte social, d'après laquelle la Société ne serait tenue que du passif résultant de la

(1) T. C. Seine, 11 mai 1910, *Gaz. des Trib.*, 12 août 1919, et *J. des Sociétés*, 1911, p. 23.

comptabilité de l'apporteur ne serait pas opposable aux tiers. C'est ainsi, nous l'avons vu plus haut, que se sont prononcés le Tribunal de Commerce de Rouen et la Cour de Rouen, et encore le Tribunal de Commerce de la Seine, dans le jugement du 4 avril 1911, précité.

La Société est tenue solidairement avec l'apporteur. Les créanciers peuvent donc poursuivre la Société, débitrice solidaire, sur tous ses biens. Ils ont une action directe contre elle, sans que la faillite de leur débiteur puisse la leur faire perdre. Il a été jugé notamment que la déclaration de faillite de l'apporteur, suivie de l'obtention d'un concordat postérieur aux déclarations de créances, n'a pas pour effet de dégager la Société de son obligation solidaire. En conséquence, et conformément à l'article 545 du Code de Commerce, le créancier régulièrement déclaré conserve son droit pour la totalité de sa créance contre la Société, co-obligée solidaire du failli (T. C. Seine, 4.4.1911).

Il en résulte encore cette conséquence que, s'il s'agit d'une Société en nom collectif, les créanciers de l'apporteur devenus créanciers sociaux, ont pour gage les biens particuliers des associés.

Enfin, la nature et les modalités de la dette ne changent pas.

Si la créance est à terme et n'est pas exigible, la déclaration au Greffe suivie de l'expiration du délai, qui rend la Société débitrice solidaire, n'équivaut pas à une demande de remboursement. Les créanciers ne peuvent en poursuivre le recouvrement qu'après l'échéance. Au surplus, les créanciers n'acquièrent, du fait de cette

déclaration, aucun privilège. Ils devront donc, en cas de faillite de la Société, être compris parmi les créanciers chirographaires et subir la loi du concours (1).

Tels sont les droits accordés par notre texte aux créanciers de l'apporteur. Ils paraissent très étendus.

Une décision du Tribunal de Commerce de la Seine (6 mars 1929, *Journal des Sociétés*, 1930, p. 299) rappelle que, si sévères que puissent être les conséquences pratiques de l'application de l'art. 7, lors même qu'elles aboutissent soit : à la nullité de la Société ou de l'apport ; soit : à l'obligation pour la Société de payer solidairement avec l'apporteur tout le passif déclaré et justifié, elles ne sont que l'application même d'une loi dont la rigueur a été sciemment édictée par le législateur en vue de protéger les créanciers de l'apporteur.

Aussi bien faut-il ne pas étendre ces textes et comme l'ont fait certaines décisions de jurisprudence en tirer des conséquences inattendues et à notre sens excessives. Nous pensons ainsi pouvoir, notamment critiquer un curieux arrêt de la Cour de Toulouse (25 mars 1927, *Journal des Sociétés*, 1928, p. 288), rendu dans une espèce délicate. S'appuyant en effet sur le texte de l'art. 7, la Cour a estimé que la Société à laquelle est apporté le fonds, n'est pas un tiers vis-à-vis du vendeur d'objets mobiliers incorporés dans ledit fonds avant l'apport. L'arrêt décide en conséquence que la Société ne peut arguer de l'article 2279 du Code Civil pour faire

(1) T. C. Marseille, 9.1.1911, *Rev. de Marseille*, 1911.1.103 ; T. C. Seine, 15.5.1913, *J. des Soc.* 1914, p. 129.

déclarer irrecevable l'action en résolution de vente dont elle est l'objet.

Nous estimons que si la Société est tenue, elle ne l'est que par application de l'art. 7 de notre texte, lequel exorbitant du droit commun, doit être interprété « *stricto sensu* ». Elle ne peut donc être tenue que comme caution solidaire comme conséquence de la détention d'une universalité juridique indivisible que l'arrêt précité arrive à démembrer par l'effet de l'action en résolution dont il a admis le bien fondé.

CHAPITRE IV

Examen critique des articles 3 et 7 de la loi du 17 mars 1909

La nécessité d'une réglementation de l'apport du fonds de commerce en Société n'est pas discutable. Le législateur, constatant combien étaient insuffisants, en cette matière, les principes de droit commun, s'est justement proposé d'édicter ici des règles particulières.

Si l'inspiration a été heureuse, l'œuvre s'est avérée médiocre.

Nous essaierons, dans une première section, d'exposer les critiques que soulève le texte de l'article 7 de la loi du 17 mars 1909, et, dans la deuxième section, d'étudier et de fixer un texte qui, selon nous, serait plus clair et plus efficace.

★
★★

SECTION I

Notre texte est à la fois complexe et incomplet. Il amène des conséquences et comporte des lacunes qui ont certainement échappé à l'attention du législateur.

Nous grouperons nos observations en deux parties :

PREMIERE PARTIE

La publicité de l'apport d'un fonds de commerce à une société qui se constitue n'est pas organisée

Envisagée tant au point de vue théorique qu'au point de vue pratique, on peut bien dire, sans être excessif, que la publicité de l'apport d'un fonds de commerce à une Société qui se constitue n'est pas sérieusement organisée, tellement est insuffisante la publicité prescrite par la loi du 24 juillet 1867, seule requise en la matière. Dans la pratique, on a soin, généralement, de préciser, à la suite de l'extrait publié en exécution des articles 56 et suivants de la loi de 1867, que « les créanciers de M..., apporteur du fonds de commerce ci-dessus désigné, doivent se faire connaître au Greffe du Tribunal de Commerce de... dans la quinzaine de la présente mention. »

Mais si une pareille pratique est conforme à cette idée, généralement admise, que l'insertion légale doit contenir toutes les mentions que les tiers ont intérêt à connaître, il ne faut pas oublier qu'aucun texte ne contient cette obligation et qu'il a été jugé au contraire, par la Chambre des Requêtes (Req., 2 mars 1885, D. P., 85.1.441) que l'énumération des articles 57 et 58 de la loi du 24 juillet 1867 est limitative. Or, si elle comprend bien le montant du capital social, elle ne prévoit nullement l'état descriptif des apports en nature. Suivant ce système, par conséquent, il ne serait pas nécessaire de préciser que tel fonds de commerce, situé à tel endroit, a été apporté

à la Société, et les créanciers courraient le très grand risque de ne pas connaître l'apport effectué.

Adoptons cependant, malgré les arguments tirés des textes et l'opinion de la Cour Suprême, un système opposé, et considérons que la loi impose bien la publicité de l'apport du fonds de commerce, expressément et descriptivement, dans l'extrait inséré conformément à l'article 55 de la loi du 24 juillet 1867. Nous pouvons bien dire que la publicité de l'apport ainsi organisée est souvent un leurre.

Si, en effet, les créanciers sont appelés à connaître la publicité de la constitution, lorsque le siège de la Société est au siège du fonds, il est quasi certain, lorsque le siège de la Société est différent du siège du fonds, que la publication leur échappera.

Or, peut-on faire vraiment à un créancier le reproche d'être négligent et le déclarer déchu de ses droits si, créancier, par exemple, d'un négociant en vins de Charenton, il n'a pas eu connaissance de la publication, faite au siège social à Perpignan, d'une Société à laquelle est apporté le fonds de commerce de son débiteur ? et peut-on raisonnablement lui imposer, à peine de forclusion, la consultation quotidienne de tous les journaux d'annonces légales de toute la France ?

Telle est pourtant l'extrémité où la loi conduit, et si, de toute évidence, cette obligation paraît absurde, il faut bien admettre et dire que la loi est ici décidément bien incomplète.

DEUXIEME PARTIE

Le défaut de publication en cas d'apport à une société déjà constituée, n'est pas sanctionné

Nous avons signalé précédemment cette remarquable lacune. Le législateur en effet tout en prescrivant une publicité dans un délai déterminé, a omis d'indiquer la sanction de l'inobservation de ce délai. La société ne va-t-elle donc pas, en reculant la publication de l'apport, reculer d'autant le nouveau délai de quinzaine dans lequel les créanciers doivent se faire connaître ?

Nous devons, dès l'abord, écarter l'hypothèse de l'apport à une Société qui se constitue (§ 1^{er}, art. 7).

Dans ce cas, en effet, nous avons vu que la publicité qui fait courir le délai de déclaration de créances est celle même de la constitution de Société faite par application de la loi de 1867. Cette publication ne peut pas être impunément retardée : elle pourrait en effet entraîner la nullité de la Société. Il faut donc, pour étudier notre sujet, supposer un apport fait à une Société déjà constituée, pour lequel la publicité de l'article 3 est prescrite.

On ne saurait, bien entendu, soutenir que, en l'absence de sanctions prévues par le législateur, la Société, en reculant la publication de l'apport, reculerait en même temps le nouveau délai de quinzaine dans lequel les créanciers doivent se faire connaître, et, a fortiori, que la loi ne peut recevoir d'application, faute de sanction,

les principes généraux de droit devant reprendre leur empire.

La Cour de Rouen, dans un important arrêt du 22 février 1911 (*Le Droit*, 18 août 1911), a fait bonne justice de cette prétention, et rappelle que les termes impératifs dont s'est servi le législateur « ne peuvent laisser aucun doute sur son intention de rendre obligatoire, et non facultative, l'observation des règles édictées par la loi du 17 mars 1909 » et rejette « la solution qui aurait cette étrange conséquence de faire, à celui qui aura voulu s'affranchir des prescriptions de la loi, une situation préférable à celle devant résulter, pour tout autre, de la stricte observation de la même loi. »

Si la nécessité d'une sanction s'impose évidemment, la lacune du texte a provoqué en doctrine et en jurisprudence des systèmes fort dissemblables.

★
★ ★

On peut concevoir que les créanciers puissent, malgré le défaut de publication, faire une déclaration au greffe et mettre ainsi la Société dans la même alternative que si la publication avait été faite.

A défaut donc par les co-associés de l'apporteur de faire annuler la Société ou l'apport, la Société serait tenue du passif de l'apporteur, tout comme si la publicité avait été faite régulièrement. Tel est le système exposé par M. Lacour.

Mais il convient de remarquer que la déclaration de créance risque d'être inefficace, car il est impossible, dans cette opinion, de déterminer le délai dans lequel

les co-associés doivent exercer leur option : la loi fixe bien un délai de 15 jours, mais ce délai court à partir de l'expiration du premier délai de quinzaine imparti pour les déclarations de créances. Or, dans notre hypothèse, nous postulons précisément que cette publicité fait défaut. Comment dès lors alléguer que la Société, n'ayant pas introduit de demande en annulation, prend en charge le passif déclaré : elle répondra que, le délai indiqué n'ayant pas couru, elle est toujours en mesure d'opter.

★ ★

On peut, suivant un autre système, estimer que la Société, n'ayant point effectué la publicité requise, les créanciers n'ont pas à la connaître et que, sans avoir à se préoccuper de ce nouveau propriétaire, ils peuvent faire vendre le fonds entre les mains de la Société prise simplement comme tiers détenteur. Les partisans de ce système admettent généralement que la Société ou les associés non apporteurs pourraient, dans ce cas, pour éviter l'action des créanciers de l'apporteur, leur offrir une somme égale à la valeur du fonds, d'après expertise. C'est dans ce sens qu'ont été rendues quelques décisions (1). C'est également cette solution que comporte, en son article 8, le projet déposé à la Chambre des Députés en 1924 par M. Marcel Héraud, au nom de la Commission du Commerce et de l'Industrie.

Cette solution conduit à concéder aux créanciers ordi-

(1) Lyon, 5 avril 1911, *Gaz. comm.*, Lyon, 14 juin 1910.

naires un droit de suite que la loi réserve aux créanciers inscrits. De plus elle crée indirectement un privilège au profit des créanciers de l'apporteur à l'encontre des créanciers sociaux (1).

Elle nous paraît appeler les plus graves critiques. Si notamment, pendant le cours de l'instance, la Société vient à donner le fonds social en nantissement pour la garantie d'obligations régulièrement contractées, et si elle n'est point en mesure, lorsqu'une décision passée en force de chose jugée aura fixé la valeur du fonds, de verser le montant de cette valeur aux créanciers de l'apporteur, ne laissant ainsi à ces derniers que la ressource de faire vendre ce fonds aux enchères publiques, on peut se demander comment va se régler le conflit entre le créancier de l'apporteur du fonds et le créancier nanti sur ce même fonds, à l'encontre de la Société.

Dira-t-on que le nantissement régulièrement consenti aura son plein effet et permettra au créancier de la Société qui en bénéficie de recevoir, par préférence à tous autres, le montant de sa créance ? Mais alors on risque de voir le prix de l'adjudication absorbé entièrement par le créancier nanti, ce qui conduit à constater que le créancier de l'apporteur, parvenu au terme d'une procédure longue et onéreuse, n'en tire aucun profit.

L'insuffisance de cette solution éclate avec plus d'évidence encore si, nous rappelant que le législateur a voulu essentiellement éviter l'apport frauduleux, nous supposons précisément que, voulant mettre à profit la lacune

(1) Marseille, T. C. 9.1.1911, *Revue de Marseille*, 199.1.103.

du texte, un débiteur malhonnête apporte son fonds à une Société formée de compères et qu'aucune publication n'est faite.

Que penser d'une solution dont l'effet peut être d'obliger les créanciers frustrés à introduire une action qu'une procédure dilatoire peut singulièrement allonger, tendant à faire attribuer une valeur au fonds, au moyen d'une expertise qui risque fort d'être inexacte, soit en raison de l'incomplète connaissance qu'aura l'expert désigné de la spécialité du fonds, soit par l'effet d'une comptabilité volontairement faussée, qu'elle soit antérieure ou postérieure à un apport systématiquement sous-estimé, soit à cause des manœuvres que la Société complice pourra exercer pour déprécier — pour les besoins du moment — la valeur du fonds ? Solution qui offre enfin, comme suprême ressource, aux créanciers de l'apporteur, la faculté de provoquer la vente aux enchères du fonds apporté, les exposant à se trouver alors aux prises avec des créanciers fictifs, mais nantis, et dont l'inscription absorbera la valeur de réalisation du fonds ?

Nous devons assurément repousser cette solution comme non conforme à la volonté du législateur, et si l'on nous dit que le créancier lésé a, pour se prémunir de ces manœuvres et de ces collusions, des textes édictés par nos codes, nous répondrons que point n'était alors besoin de créer, par le moyen de l'article 7, un régime de faveur au profit des créanciers de l'apporteur, si l'application pratique de cet article 7 les oblige à mettre en œuvre l'appareil toujours délicat — et ici notoirement insuffisant — de nos textes, notamment sur l'action pau-

lienne, et, en un mot, les oblige à faire ce qu'il s'agissait précisément d'éviter.

Dira-t-on, au contraire, que le créancier de l'apporteur jouit, non seulement d'un droit de suite, mais encore d'un véritable droit de préférence à l'égard du créancier, postérieur sans doute mais inscrit — qui avait raisonnablement pu croire sa garantie efficace — une désastreuse préférence au profit d'un créancier que les états du greffe ne lui ont pas révélé ? Ce serait véritablement organiser la fraude, à l'encontre des créanciers inscrits, pour avoir voulu prévenir la fraude à l'encontre des créanciers ordinaires.

Tel est pourtant, avec le système que nous exposons, le dilemme dont il faut sortir. A notre sens, l'une et l'autre solution sont également impossibles à appliquer, et ce système doit être rejeté.

★ ★

Si l'on s'inspire étroitement de la pensée du législateur qui a voulu, en prescrivant la publication, armer les créanciers contre l'apport frauduleux, il semble bien qu'on doive estimer que, si la déclaration impérativement prescrite à la Société n'a pas été faite, on doit présumer la fraude, et dès lors, déclarer la Société débitrice solidaire avec l'apporteur.

Telle est la solution appliquée notamment par la Cour de Rouen, dans l'arrêt du 22 février 1911, que nous avons précédemment rapporté : la Cour, confirmant un jugement du Tribunal de Commerce de la même ville, et, comme le premier juge, poussant jusqu'au point

extrême l'idée d'une dissimulation frauduleuse, condamne la Société au paiement solidaire du passif de l'apporteur, non seulement, comme dans cette espèce, le soutenaient les co-associés de l'apporteur, à concurrence du passif à eux révélé par la comptabilité de ce dernier, non seulement même jusqu'à concurrence de la valeur de l'apport, mais au passif tout entier.

Telle est la solution qui, en l'état actuel du texte, nous paraît devoir être appliquée, comme la plus conforme à l'esprit de la loi et comme assurant la sanction la plus efficace contre la fraude qu'il s'agit d'empêcher.

Il n'en est pas moins regrettable que le législateur n'ait pas prévu expressément une sanction.

Parvenus au terme de cette première section où nous nous sommes proposés de critiquer nos textes, nous dirons en bref que le législateur, après avoir différencié d'une manière illogique, l'hypothèse d'apport à une Société en voie de formation et l'hypothèse d'apport à une Société déjà formée, a édicté pour le premier cas, des règles notoirement insuffisantes, et, pour le second cas, des règles dépourvues de sanction expresse.

★
★★

SECTION II

Qu'il nous soit permis, après avoir exposé les textes, signalé leurs insuffisances et leurs lacunes, de tenter la rédaction d'un autre texte que nous croyons plus clair, plus complet et plus efficace.

Voici celui que nous proposerions :

G. P.

« Dans les 10 jours au plus tard de la seconde insertion de l'extrait ou avis de l'acte constatant l'apport en Société, soit en propriété, soit en jouissance, d'un fonds de commerce, effectué conformément aux articles 3 et 4 de la présente loi, tout créancier de l'associé qui a fait l'apport, que sa créance soit ou non exigible, pourra notifier, au domicile élu, par simple acte extrajudiciaire, sa qualité de créancier, le chiffre et les causes de sa créance. A défaut de publication, la Société sera tenue, solidairement avec l'apporteur, de tout le passif justifié. »

« A défaut, par les co-associés ou l'un d'eux de former, dans le mois suivant, une demande en annulation de Société ou d'apport, ou si l'annulation n'en est pas prononcée, la Société est tenue, solidairement, avec le débiteur principal, au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié. »

Ce texte sensiblement différent de celui de l'article 7, appelle de nombreuses observations que nous résumerons en quatre paragraphes. Enfin, dans un 5^e § nous envisagerons l'utilité d'une publicité préalable à l'apport.

§ I. — LA PUBLICITE DES ARTICLES 3 ET 4 S'APPLIQUE DANS TOUS LES CAS

Lorsqu'on réfléchit aux dispositions de l'art. 7, on est amené à constater que la principale raison des contradictions et des insuffisances de ce texte est la distinction qu'il fait entre les hypothèses d'apport à une Société déjà formée et d'apport à une Société en voie de formation,

Nous avons vu en étudiant au chapitre III la genèse de l'art. 7, § 2, que ce défaut d'harmonie s'explique parfaitement par l'histoire de la discussion de la loi au Sénat ; mais là réside toute la raison de cette distinction : on y chercherait vainement des raisons de logique ou un but d'utilité.

Il nous paraît donc qu'elle devrait disparaître du texte, et qu'un unique système devrait réglementer la publicité de l'apport du fonds de commerce à une Société, sans qu'il y ait à rechercher si la Société est en voie de constitution ou déjà constituée.

On peut concevoir deux manières d'unifier le système :

— soit généraliser l'article 7, § 1, et fixer, dans tous les cas, comme point de départ du délai donné aux créanciers de l'apporteur pour se faire connaître, la publicité effectuée suivant la loi de 1867 ;

— soit négliger la loi de 1867, et prendre comme point de départ, en tous les cas, l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 3 de la loi de 1909.

A notre avis, cette dernière solution s'impose. Il faut considérer, en effet, que le but de la loi est d'avertir les créanciers qui ne connaissent que l'emplacement du fonds de leur débiteur. Toute publicité faite ailleurs risque fort de rester inopérante.

Pour la même raison, et par analogie avec le système de l'opposition prévue en cas de vente, nous pensons qu'en cas d'apport de fonds de commerce à succursales, l'article 4 de la loi du 17 mars 1909 devrait recevoir son application en notre matière et imposer la publicité de

l'apport dans chacun des ressorts où les succursales ont leur siège.

En conséquence, et sans distinguer entre les deux hypothèses, tout acte contenant apport d'un fonds de commerce à une Société devrait faire, comme toute vente, l'objet de la publicité organisée par les articles 3 et 4, dans un journal d'annonces légales ainsi qu'au Bulletin annexe du Journal Officiel. Ainsi seulement la publicité de l'apport serait réellement effective.

§ 2. — L'APPORT EN JOUISSANCE EST SOUMIS
AUX MEMES REGLES QUE L'APPORT
EN PROPRIETE

Nous avons vu précédemment en délimitant le domaine d'application des textes que l'apport en jouissance ne faisant pas sortir le fonds de commerce du patrimoine de l'apporteur est affranchi des règles de publicité édictées par ces textes.

Il apparaît toutefois qu'un propriétaire de fonds de commerce puisse en apporter à une Société la jouissance dans des conditions telles que le gage des créanciers soit excessivement diminué et que l'apport déguise une véritable aliénation. Or la révocation de l'apport en jouissance par le moyen de l'action paulienne, est très difficile, et, encore une fois, le but que s'est proposé le législateur de 1909 est d'éviter précisément aux créanciers de l'apporteur, l'obligation de recourir aux dispositions trop strictes du droit commun.

Il conviendrait donc d'adopter une solution différente

et d'imposer les règles protectrices du droit des créanciers à tout apporteur de fonds, soit en propriété, soit en jouissance, comme l'a d'ailleurs prévu en son article 8 la proposition de loi présentée par M. Marcel Héraud de 1924.

Ne faudrait-il pas même appliquer les mêmes règles à l'échange ? Il est utile en effet de noter la faveur inexplicable et sans doute involontaire faite par la loi aux échanges et qui fournit aux parties un moyen bien trop facile de se soustraire aux formalités de publicité prescrites par les apports en Société, le passif du propriétaire ne suivant pas entre les mains du co-échangiste le fonds échangé.

§ 3. — LA SANCTION EXPRESSE DU DÉFAUT DE PUBLICITE EST LA RESPONSABILITE SOLIDAIRE DE LA SOCIETE

Nous avons vu, au chapitre III, que la lacune du texte de l'article 7, sur ce point, avait provoqué des systèmes fort différents, mais que la solution qui conduit à déclarer solidairement débitrice avec l'apporteur la Société qui avait omis de publier l'apport, paraissait découler de l'esprit de la loi et était, en fait, appliquée par la jurisprudence. Nous pensons que cette sanction devrait être expresse, mais nous ne croyons pas qu'il y aurait intérêt à lui substituer le droit des créanciers de faire vendre le fonds apporté à la Société et de se payer sur le prix, à due concurrence (Proposition de M. Cordelet du 12 juillet 1912, Sénat, Documents parlementaires, session ordinaire 1912, annexe 246).

Ce système est très complexe ; il suffit, pour s'en convaincre, de lire l'article 8 de la proposition de loi faisant suite au rapport présenté à la Chambre des Députés par M. Marcel Héraud en 1924, au nom de la Commission du Commerce et de l'Industrie. L'auteur, estimant sans doute qu'on ne peut laisser la Société sous la menace permanente d'une action tendant à faire vendre par autorité de justice le fonds apporté, prévoit un troisième délai de un mois, faisant suite au premier délai de déclaration — quinzaine — et au deuxième délai d'option — un mois — pendant lequel les créanciers doivent, à peine de forclusion, introduire leur action, tendant à la vente du fonds aux enchères publiques.

Ce même texte prévoit enfin un quatrième délai, consécutif aux trois premiers, pendant lequel la procédure tendant à la vente devra être dénoncée à la Société intéressée.

Encore faudrait-il dans ce système, non seulement, comme le fait l'auteur de la proposition, prévoir que la Société pourra intervenir à l'instance, mais bien imposer aux créanciers de l'apporteur l'obligation de la mettre en cause.

Il est en effet certain que, par le fait de l'apport, le fonds de commerce est entré dans le patrimoine de la Société. Or, dans ce système, où l'on postule — sans le dire expressément — l'existence d'un véritable droit de suite au profit des créanciers ordinaires, n'est-on pas inéluctablement conduit à prescrire la mise en cause obligatoire de la Société, prise comme tiers détenteur, exactement comme il est prescrit aux créanciers inscrits

par l'article 16 de la même loi, en matière de réalisation de gage ? Comment, s'il en était autrement, exécuter entre la Société un jugement rendu contre le seul apporteur ?

Nous n'insisterons pas autrement sur les conséquences de ce système, et notamment sur l'insuffisance de l'expertise que le projet permet aux co-associés de l'apporteur de provoquer pour échapper à l'action des créanciers de l'apporteur, nous bornant à rappeler ici, pour les avoir développés plus haut, les singuliers conflits qui pourraient s'élever entre les créanciers ordinaires de l'apporteur et les créanciers inscrits du chef de la Société à laquelle l'apport a été effectué.

§ 4. — TOUT CREANCIER, INSCRIT OU NON INSCRIT, DE L'APPORTEUR EST ADMIS A SE REVELER PAR VOIE D'OPPOSITION PRATIQUEE AU DOMICILE ELU A CET EFFET.

Il est à remarquer que, dans le système de la loi du 17 mars 1909, l'opposition de l'article 3 diffère, à tous égards, de la déclaration de l'article 7, qu'il s'agisse notamment des mentions essentielles de l'une et de l'autre, du délai pendant lequel les créanciers doivent agir, de la forme requise, de la personne qui a qualité pour recevoir la déclaration ou l'opposition.

Or, que ce soit l'une ou l'autre de ces formalités qui soit requise, en une circonstance donnée, elle est toujours impérativement prescrite, et son omission entraîne des déchéances particulièrement graves. Aussi est-il très

important, encore que parfois bien délicat, pour les créanciers de déterminer, lorsque le fonds de commerce, appartenant jusque-là à leur débiteur, vient à passer dans le patrimoine d'une Société, s'il s'agit véritablement d'une vente ou d'un apport.

On peut, à cet égard, relever une décision du Tribunal de Commerce de la Seine du 15 mai 1913 (*J. des Soc.*, 1914, p. 129) qui passe sous silence et paraît avoir méconnu la distinction imposée par la loi, et dont l'application aurait eu pourtant, semble-t-il, une influence importante sur la solution de l'affaire : certains créanciers avaient fait, au Greffe, une déclaration conforme à l'article 7, et cette déclaration avait été reconnue sincère par la Société bénéficiaire qui les avait payés. Il s'agissait de savoir si ce paiement venait en déduction des sommes dues par la Société à l'apporteur : le Tribunal a adopté la solution affirmative. Mais dans l'espèce, il y avait eu apport de fonds de commerce pour un prix ferme. L'apporteur n'avait pas été rémunéré par des droits sociaux. Il apparaît donc que les créanciers avaient eu le tort de recourir à la procédure de l'article 7, alors que c'était l'article 3 qui était applicable. Il appartenait dès lors à la Société de prendre en considération les seules créances portées à sa connaissance par voie d'opposition, sans avoir égard aux créances déclarées, la procédure de déclaration étant ici inapplicable. Aucune opposition n'ayant été pratiquée, et la Société, en payant sur son prix d'acquisition — lequel n'était frappé d'aucune opposition — des créanciers qu'elle n'avait point

à connaître, n'avait-elle pas encouru une certaine responsabilité ?

Il se produit donc, en pratique, des confusions entre l'une et l'autre hypothèse, qui risquent d'être très préjudiciables aux intérêts des créanciers et il faut bien admettre que la complexité de la loi du 17 mars 1909 est bien faite pour les provoquer, puisque, aussi bien, les tribunaux eux-mêmes n'ont pas toujours su appliquer exactement cette distinction.

Considérant que les créanciers n'ont très généralement pas le moyen d'étudier les termes du pacte social auquel au surplus ils sont restés étrangers, nous estimons qu'ils devraient pouvoir se révéler au moyen d'un exploit valant, suivant le cas — opposition ou déclaration. Cela fait et leurs droits en toute hypothèse se trouvant sauvegardés, ils pourraient étudier librement la nature de l'opération, discerner s'il y a ou vente ou apport, appliquer la procédure de l'article 3 ou poursuivre éventuellement la responsabilité solidaire de la Société par application de l'article 7.

Nous pensons enfin que tout créancier, inscrit ou non inscrit, devrait pouvoir bénéficier en cas d'apport à une Société du fonds de commerce de son débiteur des dispositions de l'article 7, dont le bénéfice, en l'état actuel du texte, est réservé aux seuls créanciers chirographaires.

On aboutit en effet avec ce dernier système à faire aux créanciers inscrits une situation inférieure, puisqu'ils n'ont jamais que leur droit de suite sur le fonds de commerce, alors que les créanciers ordinaires ont droit sur

tout le patrimoine de la Société. Comment admettre qu'un créancier qui a des sûretés peut néanmoins en une circonstance donnée avoir moins de droits qu'un créancier ordinaire ? Il nous paraît donc logique de permettre aux créanciers inscrits de se prévaloir des dispositions de l'article 7 et d'exercer leurs droits le cas échéant sur tout le patrimoine de la Société.

Ayant ainsi, croyons-nous, assuré plus complètement la sécurité des créanciers de l'apporteur, nous sommes amenés à envisager, au profit des co-associés de l'apporteur, un système plus direct que celui de l'article 7. Suivant ce texte, les créanciers ayant, dans la quinzaine qui suit la publication, fait leur déclaration au Greffe du Tribunal de Commerce, il s'ensuit que les co-associés de l'apporteur sont dans l'obligation de requérir du Greffe l'état des créances déclarées pour, ensuite, après avoir délibéré sur le parti qu'ils devaient prendre, introduire éventuellement leur action en annulation de Société ou d'apport.

Si l'on veut remarquer que la sanction est la responsabilité solidaire de la Société, et même, dans les Sociétés en nom collectif, la responsabilité personnelle et indéfinie de chacun des associés de l'apporteur, on admettra qu'il est d'un intérêt important pour la Société et les co-associés de l'apporteur de connaître directement, immédiatement et sans formalité superflue les créances déclarées.

Or, dans le système de la loi du 17 mars 1909, les co-associés ne sont pas avertis directement — car la

déclaration est faite au Greffe — ni immédiatement — car, pour lever l'état des créances déclarées, les co-associés attendront l'expiration du premier délai de quinzaine, alors que, peut-être, une déclaration de créance devant motiver, de leur part, une action en annulation, a été faite dès le premier jour de ce délai de quinzaine — ni sans formalité, car le co-associé requérant devra faire légaliser la signature par lui apposée au bas de la formule de réquisition qu'il aura à remplir, et n'obtiendra du Greffe la délivrance de l'état des créances déclarées qu'après plusieurs jours.

On peut d'autant plus s'étonner de ces complexités et de ce formalisme que le législateur avait, pour le cas voisin de vente de fonds de commerce, organisé dans la même loi le système direct de l'opposition, signifiée à domicile élu.

A notre sens, il conviendrait de généraliser ce système qui, à l'usage, s'est révélé satisfaisant, et de dire qu'en cas d'apport à une Société, les créanciers devront notifier leur créance par acte extra-judiciaire, au siège social ou au domicile élu à cet effet dans l'acte constitutif, en cas d'apport à une Société déjà formée.

En résumé, nous estimons qu'il n'y a pas lieu de régir différemment l'apport et la vente. S'agissant en effet de deux hypothèses voisines, où il importe pareillement de sauvegarder les droits des créanciers ordinaires, ne convient-il pas que les mesures prescrites par notre loi soient aussi semblables que possible ? Dans ce même esprit, il y aurait avantage à unifier les délais d'opposi-

tions ou de déclarations. Rien n'explique pourquoi les créanciers auraient, pour se faire connaître, un délai plus ou moins long suivant que le fonds de commerce de leur débiteur est apporté ou vendu : dans l'un et l'autre cas, le délai pourrait être de 10 jours à dater de la publicité de l'article 3.

S'il convient enfin de fixer un délai très bref, pendant lequel seulement les créanciers pourront se faire connaître, il n'y a aucun inconvénient par contre à laisser aux co-associés de l'apporteur un délai un peu plus long que celui de quinzaine prévu par l'article 7. Dès lors que la position des créanciers de l'apporteur est assurée, pourquoi imposer aux co-associés de prendre partie et d'introduire leur action dans un délai si court ? Dans la proposition précitée de M. Marcel Héraud, ce délai est porté à un mois, solution qui nous paraît devoir être retenue.

§ 5. — D'UNE PUBLICITE PREALABLE A L'APPORT

Nous avons au cours des paragraphes précédents essayé d'expliquer et de justifier le texte que nous avons proposé.

Nous ne nous dissimulons pas les difficultés pratiques qui subsisteraient encore pour l'application de ce texte. Ce qui reste toujours très critiquable est le fait que, si les co-associés de l'apporteur introduisent l'action en annulation de Société ou d'apport, la situation tant des créanciers à l'égard de leur débiteur que des co-associés de l'apporteur, et enfin la situation de la Société elle-même,

restent indécises tant qu'un jugement définitif n'a point été rendu. Il peut en résulter pour les intéressés des conséquences fâcheuses.

Pour éviter ces inconvénients, il est parfois stipulé — à titre de condition suspensive — que la constitution de la Société ou la réalisation définitive de l'augmentation de capital suivant le cas, sont subordonnées à la justification par l'apporteur, dans un certain délai après les formalités de publicité, soit qu'aucun créancier ne s'est fait connaître par une déclaration régulière, soit que les créanciers déclarés ont été réglés par lui.

Si cette condition ne se réalise pas, les parties se retrouveront, sans attendre l'issue d'un procès long et incertain, dans le même état qu'avant la constitution de la Société ou la réalisation de l'augmentation de capital, sans avoir de droits proportionnels à supporter.

On peut se demander dès lors s'il ne conviendrait pas plus hardiment d'organiser une publicité toute différente de celle prescrite par notre loi ou envisagée par les propositions de loi que nous avons relevées : nous voulons parler d'une publicité préalable à l'apport. A peine de voir rechercher la responsabilité solidaire de la Société future, les co-associés seraient tenus de publier l'apport envisagé. A l'expiration d'un premier délai pendant lequel les créanciers devraient se faire connaître, les associés éventuels disposeraient d'un nouveau délai pour opter entre l'abandon de leur projet ou sa réalisation — l'apport étant, dans ce cas, reçu « cum sua causa ». Ainsi se trouverait réglé immédiatement et sans procédure, par le seul choix des co-associés de l'apporteur, le

sort des créanciers de l'apporteur et de la Société elle-même.

Ce ne serait d'ailleurs pas le seul avantage du système. Suivant nos textes, en effet, c'est après la constitution définitive de la Société que les associés sont appelés à connaître officiellement le passif de l'apporteur. Il est donc à noter que, dans les Sociétés par actions, les commissaires aux apports nommés par la première assemblée constitutive pour examiner la validité de l'apport manqueront de cet élément, parfois essentiel, et toujours utile, pour éclairer leur religion et celle de la deuxième assemblée constitutive. Il est vrai que, en pratique, cette vérification est bien illusoire : il est bien rare, en effet, que les commissaires n'affirment pas — après un simulacre d'examen — la parfaite validité de l'apport. Toutefois, si nos textes étaient modifiés sur ce point et si cette vérification devait faire l'objet d'un contrôle judiciaire sérieux, comparable au système des experts réviseurs du droit allemand, ou à celui récemment édicté par le Code Polonais (1), tel encore que l'envisage en France notamment, un projet sénatorial de 1893, ne trouverait-on pas là une nouvelle et importante raison de prescrire une publicité préalable à la constitution définitive, organisée de telle manière que les vérifications et l'assemblée qui est appelée à statuer souverainement sur la validité de l'apport, aient une parfaite connaissance du passif de l'apporteur.

(1) *J. Off. de la République de Pologne*, n° 39 du 26 mars 1928.

CONCLUSION

En terminant cet exposé, nous ne pensons pas avoir dépassé les limites d'une juste critique, et rabaisé la valeur de textes qui furent si consciemment étudiés et qui réalisent des progrès appréciables.

Toutefois, on ressent très généralement le besoin de plus en plus pressant de remanier la loi du 17 mars 1909 qui s'avère insuffisante à bien des égards. Or, il semble bien qu'en notre matière, cette insuffisance soit particulièrement sensible.

C'est pourquoi on voudra bien accueillir cet essai, s'agissant d'un texte qui est assurément parmi les plus délicats d'une loi dont Bouvier-Bangillon, parvenu aux termes de son commentaire, pouvait dire « de lois aussi confuses, obscures, difficiles à expliquer en elles-mêmes et par la complexité des principes mis en mouvement, je n'en connais guère ».

CHAPITRE V

Régime Fiscal

PREMIERE PARTIE

Historique — Textes Législatifs

Le décret-loi des 5-19 décembre 1790 relatif au « droit d'enregistrement des actes civils et judiciaires et des titres de propriété » assujettissait au droit de dix sous par cent livres les actes de Société (art. 26, sect. II, 7°) lorsqu'ils comportaient des sommes ou objets susceptibles d'évaluation.

Mais c'est seulement après la loi de Frimaire An VII, et plus exactement après l'avis, en date du 8 juin 1831 du Comité des Finances du Conseil d'Etat, consulté sur le point de savoir si la cession des offices ou d'un achalandage ne constituait pas une vente d'objet mobilier, que la notion de fonds de commerce et d'apport du fonds de commerce en Société se trouva dégagée.

A partir de cette époque, l'opinion dominante était que l'achalandage d'un marchand constituait une chose mobilière aussi bien au regard de la loi fiscale qu'au

point de vue civil et que cette valeur pouvait soit se transmettre par tous les modes applicables aux autres choses mobilières, soit faire l'objet d'un apport en Société.

La loi du 28 février 1872 a réglementé la matière :

L'art. 1^{er} n° 1, de la loi du 28 février 1872 et l'art. 19 de la loi du 28 avril 1893, frappant du droit proportionnel de 0,20 % avec décimes en sus « les actes de formation et de prorogation de Sociétés..... sur le montant total des apports mobiliers et immobiliers, déduction faite du passif ». Ce droit est porté à 1 % sans décimes par l'art. 15 de la loi du 29 juin 1918. La loi du 22 mars 1924, reprenant l'ancien système, l'a augmenté de 2 décimes, soit 1,20 %. La loi de Finances du 14-17 juillet 1925 l'a porté à 2,50 % plus 2 décimes, soit 3 %.

DEUXIÈME PARTIE

Conditions d'exigibilité du droit

La loi a eu en vue tous les contrats, sans distinction qui constituent une véritable Société, suivant l'art. 832 du Code Civil. Elle s'applique, par conséquent, aux Sociétés de toute nature, aussi bien aux Sociétés civiles et même aux associations en participation qu'aux Sociétés commerciales. Elle ne s'applique pas cependant aux associations prévues par la loi du 1^{er} juillet 1901, par exemple aux Sociétés coopératives de crédit agricole ne distribuant pas de bénéfices.

La Société donnant naissance à une personnalité juridi-

que, à un être moral distinct de la personne des associés, l'apport a un caractère translatif qui devrait, dans la rigueur du principe général apposé par l'article 4 de la loi de Frimaire, donner ouverture aux droits de mutation. Aussi bien, aux termes de la loi fiscale, le contrat de Société ne donne-t-il ouverture aux droits ci-dessus précisés que s'il ne contient « ni obligation, ni libération, ni transmission de biens entre les associés ou autres personnes » (1). Si cette condition fait défaut, le droit proportionnel ordinaire devient exigible, suivant la nature de l'opération juridique que l'acte constate.

Ainsi donc, on retrouve en droit fiscal la même distinction que celle que nous avons étudiée dans notre Chapitre 1^{er}, entre l'apport pur et simple, ayant comme contre-partie des parts sociales soumises aux chances de bonne et mauvaise fortune de l'entreprise, et, d'autre part, l'apport à titre onéreux moyennant un équivalent à fournir ou à payer par la Société, quoiqu'il arrive. Si l'apport est fait, partie purement et simplement, et partie à titre onéreux, les parties sont admises à déterminer par une ventilation l'importance respective de chaque catégorie d'apports. Elle doit être opérée par l'acte de Société lui-même, et non par une déclaration postérieure. En pratique, l'Administration autorise les parties à l'effectuer au pied de l'acte. A défaut par les redevables d'y procéder, l'Administration est en droit d'établir une ventilation proportionnelle.

La jurisprudence applique invariablement cette dis-

(1) Loi de Frimaire, art. 69, § 3, n° 4.

tion (1). Nous avons vu notamment que le droit de mutation était exigible sur les apports dont la Société s'oblige à payer la valeur à l'associé directement ou en son acquit, soit par la délivrance d'obligations, soit par le paiement du passif qui les grève autrement que par un prélèvement sur les bénéfices sociaux. Les conventions des parties à cet égard revêtent quelquefois des formes qui peuvent laisser subsister des doutes sur la qualification des actes. La jurisprudence estime que le paiement du passif peut être sous-entendu et résulter des circonstances extrinsèques de la convention ou des clauses contenues dans ces actes. Ainsi, le Tribunal Civil de la Seine (30 mai 1907, Rev. Enreg. 4493) décide que lorsqu'un des associés apporte un fonds de commerce estimé à une valeur brute, grevé d'un passif déterminé et lorsqu'il reçoit des droits sociaux pour un chiffre égal à la valeur nette de l'apport, il y a lieu de présumer que la Société se charge du passif et le droit de mutation est exigible dans cette mesure. Il en serait de même si l'apporteur du fonds de commerce était inscrit comme créancier sur les livres sociaux et dans les autres documents de la Société (Civ., 13 juin 1866, Dict. Enreg. Sociétés, n° 470).

Un cas se présente fréquemment : une ou plusieurs personnes achètent un fonds de commerce, avec l'intention de l'apporter ensuite à une Société, et dans les statuts de cette Société on insère une clause disant que

(1) Cass., 31 juillet 1876, S. 77.1.86 ; 15 février 1888, S. 90.1.35 ; 24 avril 1893, S. 94.1.195.

celle-ci remboursera aux apporteurs leur prix d'acquisition.

Il y a, dans cette opération, une double mutation :

1° entre le vendeur et les futurs associés ;

2° entre les futurs associés et la Société constituée.

Cette double mutation engendre deux droits (1).

Dans ce cas, les acheteurs ont stipulé en leur propre nom et se sont constitués les débiteurs du prix. Or, pour éviter la double mutation et le double paiement de droits qui en résulte, les futurs associés doivent acheter le fonds en stipulant pour autrui, et en constituant débitrice la future Société.

La Cour de Cassation (2) fait pourtant une exception à cette règle en décidant que, lorsque l'apport d'un bien est effectué par les copropriétaires de ce bien à une Société en nom collectif, formée exclusivement entre eux, l'apport n'est assujéti qu'au droit de vingt centimes pour cent avec décimes (aujourd'hui 2,50 % plus deux décimes).

La Cour de Cassation considère que cette convention « ne modifie ni activement ni passivement » les engagements précédents des associés à l'égard de leur vendeur.

On décidera de même que si plusieurs copropriétaires apportent en Société un fonds de commerce indivis, l'engagement pris par la Société d'acquitter les dettes

(1) Trib. civ. Lille, 6 janv. 1912, *La Loi*, 12 juin 1912.

(2) DALLOZ, *Rép. prat. Enregistrement*, n° 1547.

qui grèvent le fonds de commerce ne rend pas exigible le droit de mutation. Une pareille stipulation est en effet sans influence sur les droits respectifs des coassociés sur le fonds. Aucun d'eux ne reçoit un avantage particulier et aucune partie de l'apport ne se trouve soustraite aux chances sociales.

Mais il faut restreindre cette exception aux conditions exigées par la jurisprudence, c'est-à-dire : 1° l'apport doit avoir lieu à une Société de personnes et non à une Société de capitaux ; 2° que l'apport ne soit accompagné d'aucun autre bien et que, 3° la Société ne se compose exclusivement que des copropriétaires.

Ainsi donc, l'exonération du droit de mutation n'est accordée qu'au véritable apport social.

Si nous recherchons le fondement de cette immunité, nous aurons tout d'abord à rejeter le système qui paraît résulter des travaux préparatoires de la loi de Frimaire, et d'après lequel cette exemption du droit proportionnel de mutation serait due à ce que le législateur aurait reconnu au contrat de Société un caractère simplement déclaratif ou attributif.

Suivant un autre système, la loi fiscale reconnaît bien le caractère translatif du contrat de Société, mais considère que la mutation est soumise à la condition suspensive que l'objet ne sera pas repris par l'auteur de l'apport lors du partage de la Société. Jusqu'à ce que cet événement se réalise, la loi n'exige qu'un droit réduit qui constitue, suivant l'expression de M. le Procureur Général Dupin, « une sorte d'acquit-à-caution ».

C'est dans ce sens que généralement la jurisprudence s'est prononcée (1).

Nous nous proposons d'étudier ici le régime fiscal de l'apport du fonds de commerce, à l'exclusion des questions fiscales qui régissent le fonds de commerce dans la dissolution et la liquidation de la Société. Nous devons signaler toutefois que le système jurisprudentiel, que nous venons d'exposer, explique parfaitement les solutions données pour les diverses attributions de fonds de commerce, lors de la dissolution de Société.

Avec la majorité des auteurs, nous estimerons toutefois que l'apport est immédiatement translatif, sans condition, et n'a été affranchi du droit de mutation par le législateur qu'en vue de favoriser la création des Sociétés. « Sans avoir pu se rendre compte, dès cette époque, de l'admirable instrument de travail et de production qu'est devenu, de nos jours, le contrat de Société, le législateur a compris cependant, qu'il fallait encourager et non entraver son développement dans l'intérêt de la fortune publique, qui n'est elle-même formée que par la réunion des fortunes privées » (2).

TROISIEME PARTIE

Liquidation du droit

C'est sur le montant total de l'apport que le droit est liquidé pour le fonds de commerce, sans qu'il y ait à

(1) Cass. ch. réunies, 6 juin 1842, S. 42.1.484 ; Cass. ch. réunies, 22 déc. 1904, S. 1906.1.97.

(2) Rapport de M. le Procureur Général Baudouin aux Chambres réunies, 21 déc. 1904 (Gaz. des Trib. 31 déc. 1904).

distinguer entre les différents éléments dont il se compose.

Dans la Société en nom collectif, ou à responsabilité limitée, ou encore, en commandite simple, la valeur du fonds est très généralement indiquée dans l'actif constitutif. A défaut, il devrait y être suppléé, nous l'avons vu, par une déclaration estimative au pied de l'acte lui-même.

Dans les Sociétés par actions, le droit est liquidé sur la valeur nominale des actions d'apport. Quand il est remis des parts de fondateur, les parties doivent souscrire, pour l'enregistrement, une évaluation.

Le droit de 3 % se calcule sur l'apport net, déduction faite du passif. Nous supposons ici, bien entendu, le cas où l'apporteur déclare faire son affaire personnelle de ses dettes, engagement dont l'exécution est parfois assurée par une clause des statuts indiquant que les actions remises en rémunération de l'apport seront gardées dans les coffres de la Société jusqu'à la preuve de la libération de l'apporteur.

Si, au contraire, la contre-partie de l'apport consistait dans l'obligation de payer les dettes de l'associé, c'est le montant de ces dettes qui constituerait l'assiette de l'impôt, sans même que les parties puissent arguer d'une réduction que ce passif aurait subie depuis la constitution de la Société.

Il arrive fréquemment que le fonds de commerce est apporté avec d'autres biens moyennant une rémunération partie en espèces, partie en droits sociaux. Il appartient alors aux redevables d'indiquer auquel des

biens apportés s'applique la somme susceptible du droit de mutation. Les parties ont intérêt, dans ce cas, pour diminuer les droits d'enregistrement, à indiquer que la somme reçue en espèces s'applique à la valeur sujette aux droits de mutation les moins élevés, comme par exemple aux relations et aux études.

QUATRIEME PARTIE

Dispositions fiscales de la loi du 30 décembre 1928 portant fixation du budget général de l'exercice 1929

Encore que les règles fiscales relatives à la transmission d'actions et de parts d'intérêts dans les Sociétés ne rentrent pas dans le cadre de notre sujet, nous sommes appelés à les exposer brièvement pour apprécier l'opportunité et l'efficacité des dispositions de l'article 24 de la loi du 30 décembre 1928.

L'article 69, parag. 2, n° 6 de la loi de Frimaire, an VII, avait assujéti au droit proportionnel de 0,50 % « la cession d'actions et coupons d'actions mobiliers des compagnies et sociétés d'actionnaires ».

Ce tarif, plusieurs fois remanié (loi du 23 juin 1857, art. 6 ; loi du 26 déc. 1908, art. 5 et 6 ; loi du 29 mars 1914, art. 41) est actuellement de 0,90 % auquel il convient d'ajouter (loi de finances du 14-17 juillet 1925), 2 décimes, soit au total 1,08 %.

Or, pour que ce tarif extraordinairement modéré puisse être appliqué, « il suffit, porte un arrêt des Chambres réunies du 29 décembre 1868, que la pro-

priété dont la cession est ainsi favorisée; résulte de l'acte constitutif de Société, qu'elle soit meuble, au sens de l'article 529 du Code Civil, et qu'elle soit négociable à un titre quelconque. La disposition de la loi de Frimaire s'applique à toutes les Sociétés, sous quelque forme qu'elles soient constituées, la loi n'ayant fait à cet égard, aucune distinction ».

Cela posé, supposons l'existence de pourparlers entre vendeur et acquéreur d'un fonds de commerce. Il s'agit de transférer la propriété de ce fonds de commerce du premier au deuxième. Pour y parvenir, deux solutions se présentent aux parties : l'une, simple, est onéreuse. L'autre, économique, est complexe, sinon entachée de fraude. Il faut bien admettre que les parties ont très fréquemment adopté cette dernière.

Si nous supposons, en effet, que le vendeur A, et l'acquéreur B forment entre eux une Société à laquelle A apportera le fonds de commerce envisagé, et que, consécutivement à cette formation de Société, et grâce à l'entrée dans la Société d'un tiers C, qui n'est dans l'affaire que pour la circonstance, A cède à B l'intégralité des parts d'intérêts ou des actions ayant rémunéré son apport, on arrivera au résultat recherché. A n'aura plus, en effet, la propriété du fonds, dont il a effectué l'apport à une Société dans laquelle il ne possède plus aucune part, et, s'il est vrai que ce fonds de commerce n'est pas dans le patrimoine de B., il ne faut pas oublier qu'il appartient à une Société dont B. possède la quasi totalité des parts et dont il est, bien entendu, l'unique et omnipotent gérant, le co-associé C. ayant

fait un apport parfaitement fictif, et n'ayant ni d'intérêt sincère dans l'affaire, ni, conséquemment, de comptes à demander à B.

Or, si l'on fait le calcul des droits fiscaux exigés, d'une part pour la vente, d'autre part, pour l'ensemble des opérations envisagées ci-dessous, on arrive aux résultats suivants: Pour un fonds de commerce d'une valeur, par exemple, de 1.000.000 :

Vente :	8	% sur 300.000	=	24.000
	9.20	% sur 200.000	=	18.400
	10.40	% sur 500.000	=	52.000
				94.400

Au surplus, si le fonds de commerce tombe sous la loi de 1926, instituant la taxe complémentaire et exceptionnelle de première mutation, il y a lieu d'ajouter, pour cette taxe, 3 %, soit 30.000

Enfin, si le fonds de commerce est passible de la taxe de la Ville de Paris, il faut ajouter
1,25 % 12.500

Soit au total..... 136.900

*Constitution de Société et cession
d'actions*

Apports :	A. fonds évalué		1.000.000
	B. espèces		10.000
	C. espèces		10.000
	Total		1.020.000

Droit de constitution 3 %	30.600
Cession : droit de cession, 1,08 %	
sur 1.000.000.....	10.800
Total.....	41.400

Il apparaît donc, que ce procédé fait réaliser aux parties une très importante économie. D'autres considérations viennent encore renforcer son intérêt et expliquent le véritable engouement de la pratique pour ce système jusqu'au 1^{er} janvier 1929.

Il faut observer tout d'abord que le calcul des droits exposé ci-dessus a été effectué sur la base des tarifs actuellement en vigueur. Or, s'agissant d'apprécier l'intérêt de la loi du 30 décembre 1928, il convient d'indiquer qu'à cette date, les droits de mutation et la taxe de première mutation étaient sensiblement plus élevés.

Conséquemment, l'économie fiscale était plus grande et le procédé plus séduisant.

D'autre part, l'acheteur d'un fonds de commerce vise généralement à s'assurer, non seulement une exploitation lucrative de ce fonds de commerce, mais la possibilité d'une revente facile, rapide et fructueuse, et l'on peut dire à cet égard que pendant la période d'après-guerre le commerçant n'a été, bien souvent, qu'un spéculateur en fonds de commerce, dont le but principal était de s'assurer le bénéfice d'appréciables différences. Or, le procédé visé ci-dessus sert merveilleusement cet esprit de spéculation. Si en effet, l'opération initiale est grevée des frais de constitution de Société, toutes les

cessions de parts ultérieures, qui déguisent autant de reventes, en sont exemptes et ne sont sujettes qu'au droit de cession de parts d'intérêts, soit 1,08 %. L'acheteur est d'autant plus tenté de suivre ce système qu'il compte bien, grâce à lui, revendre facilement son fonds un prix plus élevé, puisque son acquéreur, n'ayant plus qu'à payer que des droits extraordinairement modérés, pourra verser un prix relativement élevé.

Enfin, les dispositions de la loi sur les Sociétés à responsabilité limitée permettaient encore, avant la loi du 30 décembre 1928, à l'« acquéreur », en sa qualité de gérant, de « passer par frais généraux » et, par conséquent de déduire des bénéfices sociaux, les appointements qu'il s'octroyait.

Ainsi donc, c'est tout d'abord une diminution des droits d'enregistrement, puis, une diminution des impôts cédulaires, enfin, une possibilité de revente facile et fructueuse, que le commerçant trouvait à « acheter en Société », suivant l'expression banalement employée, si peu juridique, mais si expressive.

A vrai dire, cette irrégularité n'allait pas sans risques graves, tant au point de vue fiscal qu'au point de vue civil. Pour nous en tenir à ce dernier point, en effet, il convient d'observer que lorsque le prix de la cession des parts d'intérêts ayant rémunéré l'apport du fonds en Société, était stipulé payable à terme, en totalité ou pour partie, le cédant était privé de garantie réelle, ce prix ou ce solde de prix ne s'appliquant pas au fonds de commerce, et, conséquemment, ne pouvant faire

l'objet du privilège de vendeur organisé par la loi du 17 mars 1909. La pratique a bien, parfois, imaginé de faire remettre par le cessionnaire — agissant alors en sa qualité de gérant, — le fonds social en nantissement procédé dont la régularité nous paraît appeler les plus grandes critiques.

En fait, les tractations entre vendeur et acheteur se trouvaient souvent conclues par une vente pure et simple, en raison de l'impossibilité où se trouvait l'acquéreur de garantir, par ailleurs, le solde de son prix d'acquisition, et du refus du vendeur de rester créancier purement chirographaire de son cessionnaire.

Depuis la loi de Finances du 30 décembre 1928, cette fraude — ou, pour le moins, cette irrégularité, — est devenue beaucoup plus rare.

D'une part, en effet, l'article 4 de cette loi dispose que « pour la détermination des bases de l'impôt cédulaire dû par les Sociétés à responsabilité limitée, les rémunérations allouées aux associés gérants ne sont pas admises en déduction lorsque la majorité des parts sociales est possédée par l'ensemble des associés gérants ».

D'autre part, l'article 24 dispose que « les cessions d'actions d'apport effectuées pendant la période de non-négociabilité sont considérées au point de vue fiscal comme ayant pour objet les biens en nature représentés par les titres cédés. Pour la perception de l'impôt chaque élément d'apport est évalué distinctement avec indication des numéros des actions attribuées en rémunération à chacun d'eux. A défaut, les droits seront perçus au tarif

immobilier. Les dispositions qui précèdent sont applicables aux cessions de parts d'intérêt dans les Sociétés dont le capital n'est pas divisé en actions quand ces cessions interviennent dans les deux ans de la constitution de Société ».

Vu : *Le Doyen,*
BARTHELEMY.

Vu : *Le Président,*
J. PERCEROU.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLETY.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	9
INTRODUCTION	11
CHAPITRE PREMIER. — De la nécessité d'une réglementation	14
CHAPITRE II. — Du domaine d'application des articles 3 et 7 de la loi du 17 mars 1909	20
SECTION I. — Distinction de l'apport et de la vente du fonds de commerce à la Société	20
SECTION II. — Des Sociétés auxquelles s'ap- pliquent les articles 3 et 7.....	26
CHAPITRE III. — Etude des articles 3 et 7.....	29
SECTION I. — La Publication	30
SECTION II. — La Déclaration	40
SECTION III. — L'option	47
CHAPITRE IV. — Examen critique de la Loi....	<u>56</u>

SECTION I. — Insuffisance et lacunes des textes	56
SECTION II. — Essai d'une nouvelle rédac- tion de l'article 7	65
CHAPITRE V. — Régime fiscal	80



